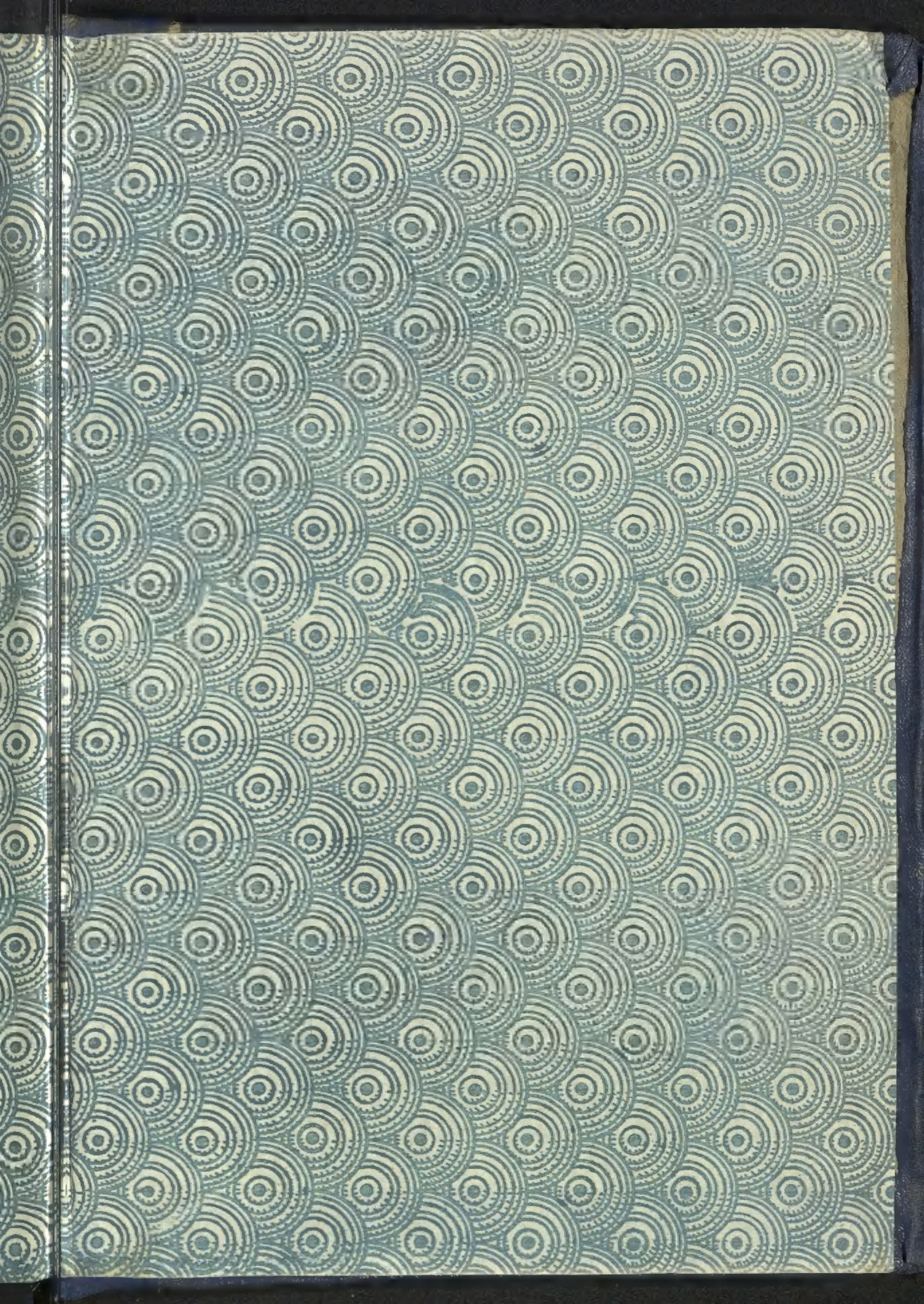
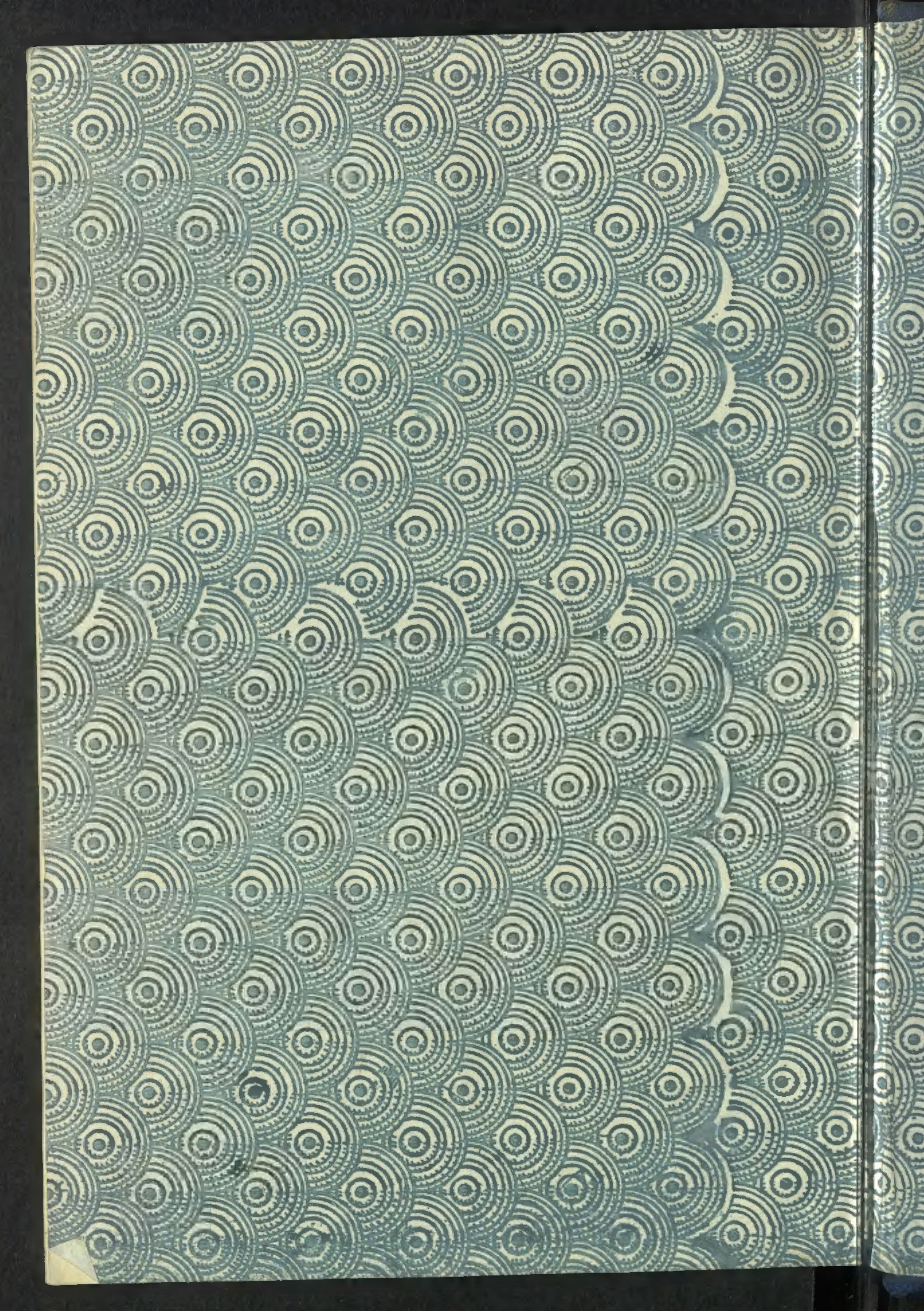
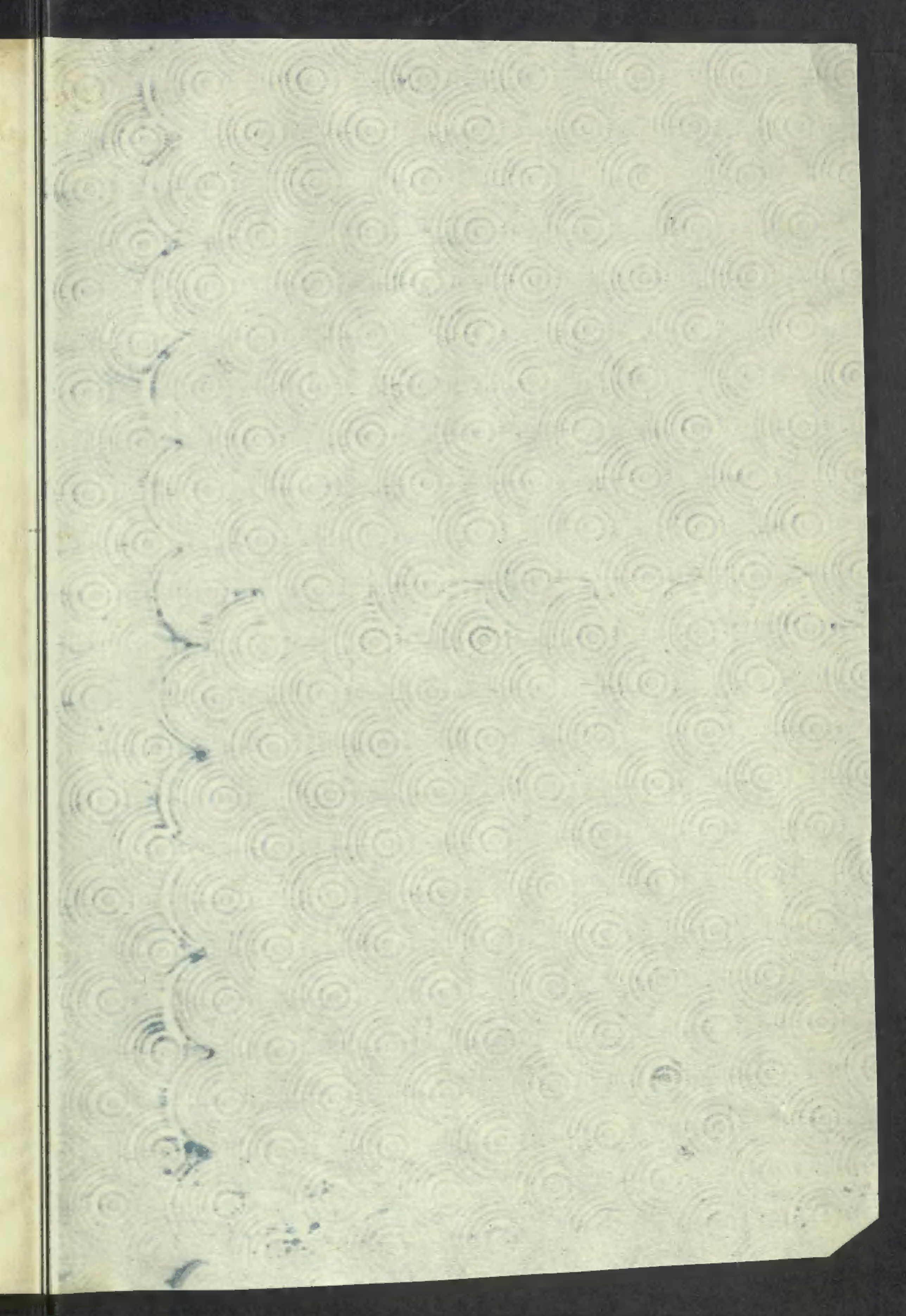








فهرس

الجزء الخامس من كتاب الإنصاف

٥٤ باب بيع الأصول والثمار

٧٧ وإن أتلفه آدمى : خير المشترى بين الفسخ والإمضاء ومطالبة المتلف
٧٨ صلاح بعض ثمر الشجرة صلاح لجميعها
« هل يكون صلاحاً لسائر النوع الذى فى البستان ؟
٨٠ بدو الصلاح فى ثمرة النخل
٨١ من باع عبداً له مال . فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع
« فإن كان قصده المال : اشترط علمه وسائر شروط البيع الخ
٨٣ قول الإمام أحمد : ما كان للجمال فهو للبائع الخ

٨٤ باب السلم

« لا يصح السلم إلا بشروط سبعة
« أحدها : أن يكون فيما يمكن ضبط صفاته . كالمكيل والموزون والمذروع
٨٥ فأما المعدود المختلف : كالحيوان ، والفواكه ، والبقول الخ
٨٧ وفى الأوانى المختلفة الرءوس والأوساط كالقماقم والأسطال الخ
« وما يجمع أخلاطاً متميزة . كالثياب المنسوجة من نوعين
٨٨ لا يصح فيما لا ينضبط . كالجواهر كلها
« الحوامل من الحيوان
٩١ لا يصح فيما يجمع أخلاطا غير متميزة. ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود
« الثانى : أن يصفه بما يختلف به الثمن ظاهراً الخ

٩٤ وإن شرط الأردأ فعلى وجهين
« وإذا جاءه بدون ما وصفه له ، أو نوع آخر فله أخذه
٩٥ لم يجز له أخذه إن جاءه بجنس آخر
« إن جاءه بأجود منه من نوعه لزمه قبوله
٩٦ فإن أسلم فى المكيل وزنا ، وفى الموزون كيلا : لم يصح
« لابد أن يكون المكيال معلوماً فإن شرط مكيلا بعينه أو صنجة بعينها غير معلومة : لم يصح
٩٧ فى المعدود المختلف غير الحيوان . روايتان
« الرابع : أن يشترط أجلا معلوما له وقع فى الثمن
٩٨ فإن أسلم حالا أو إلى أجل قريب. كاليوم ونحوه لم يصح
« إلا أن يسلم فى شيء يأخذ منه كل يوم أجزاء معلومة
٩٩ لابد أن يكون الأجل مقدراً بزمن معلوم . فإن أسلم إلى الحصاد والجداد : فعلى روايتين
١٠٠ لو شرط الخيار إليه . فعلى روايتين
١٠١ إذا جاءه بالسلم قبل محله ولا ضرر فى قبضه : لزمه قبضه وإلا فلا .
١٠٢ الخامس : أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله الخ
١٠٣ فإن أسلم فى ثمرة بستان بعينه ، أو قرية صغيرة : لم يصح

١٠٣ إن أسلم إلى محل يوجد فيه عاما ، فانقطع : خير بين الصبر والفسخ والرجوع برأس ماله أو عوضه إن كان معدوماً . وفى الآخر : ينفسخ بنفس التعذر .

١٠٤ السادس : أن يقبض رأس مال السلم فى مجلس العقد

١٠٦ هل يشترط كونه معلوم الصفة والقدر كالمسلم فيه ؟

« فإن أسلم ثمناً واحداً فى جنسين : لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس .

١٠٧ السابع : أن يسلم فى الذمة .

فإن أسلم فى عين : لم يصح

« لايشترط ذكرمكان الإيفاء إلا أن يكون موضع العقد لا يمكن الوفاء فيه الخ

١٠٨ يكون الوفاء مكان العقد

« إن شرطه فى غيره : صح

« لا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه

١٠٩ ولا هبته

« ولا أخذ غيره مكانه

١١٠ ولا الحوالة به

« يجوز بيع الدين المستقر لمن هو فى ذمته بشرط أن يقبض عوضه فى المجلس

١١٢ لا يجوز لغيره

« يجوز الإقالة فى السلم

١١٣ يجوز فى بعضه فى إحدى الروايتين

١١٣ إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه

١١٤ إذا انفسخ العقد بإقالة أو غيرها : لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضاً من غير جنسه

١١٥ إن كان لرجل سلم وعليه سلم من جنسه الخ

« هل يقع قبضه للآمر ؟

١١٦ إن قال : اقبضه لى ، ثم اقبضه لنفسك : صح .

« وإن قال : أنا أقبضه لنفسى ، وخذه بالكيل الذى تشاهده . فهل يجوز ؟

« وإن اكتاله وتركه فى المكيال وسلمه إلى غريمه ، فقبضه : صح القبض لهما .

١٢٠ إن قبض المسلم فيه جزافا فالقول قوله فى قدره

١٢١ إن قبضه كيلا أو وزنا ، ثم ادعى غلطا : لم يقبل قوله

١٢٢ هل يجوز الرهن والكفيل بالمسلم فيه ؟

١٢٣ باب القرض

« يصح فى كل عين يجوز بيعها إلا بنى آدم والجواهر ونحوها

١٢٥ يثبت الملك فيه بالقبض

١٢٦ لا يملك القرض استرجاعه . وله طلب بدله

« فإن رده المقترض عليه لزمه قبوله

١٢٧ ما لم يتعيب ، أو يكن فلوساً ، أو مكسرة ، فيحرمها السلطان

١٦٣ إن أذنا له فى البيع : لم يبع إلا بنقد البلد الخ .

١٦٥ إن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ، ولم يكن قضاه ببينة : ضمن .

١٦٦ فإن عزلهما : صح عزله .

» إن شرط أن لايبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه فى محله ، وإلا فالرهن له : لم يصح الشرط . وفى صحة الرهن روايتان .

١٦٨ إذا اختلفا فى قدر الدين أو الرهن أو رده ، أو قال: أقبضتك عصيراً ، قال : بل خمراً . فالقول قول الراهن .

١٧١ إن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه الخ

» إن أقر أنه كان جنى

١٧٣ أو أقر أنه باعه . أو غصبه : قبل على نفسه الخ .

» إذا كان الرهن مركوبا أو محلوبا فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته ، متحرياً للعدل فى ذلك .

١٧٤ إن أنفق على الرهن بغير إذن الراهن ، مع إمكانه . فهو متبرع .

١٧٥ إن عجز عن استئذانه ، ولم يستأذن الحاكم ، فعلى روايتين .

١٧٦ كذلك الحكم فى الوديعة ، وفى نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها فى يد المكترى .

١٧٧ إن انهدمت الدار ، فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن : لم يرجع به

١٧٨ إذا جنى الرهن جناية موجبة للمال ، تعلق أرشه برقبته الخ .

١٧٩ إن لم يستغرق الأرش قيمته : بيع منه بقدره ، وباقيه رهن .

١٨٠ إن اختار المرتهن فداءه ، ففداه بإذن الراهن : رجع به .

» إن فداه بغير إذنه . فهل يرجع به ؟

١٨٢ إن جنى عليه جناية موجبة للقصاص : فلسيده القصاص .

» فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه .

١٨٤ كذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته .

١٨٥ إن عفا السيد على مال ، أو كانت موجبة للمال . الخ

» إن عفا السيد عن المال : صح فى حقه . ولم يصح فى حق المرتهن

١٨٧ إن وطىء المرتهن الجارية من غير شبهة : فعليه الحد .

» وإن وطئها بإذن الراهن . وادعى الجهالة الخ

» وولده حر لايلزمه قيمته

١٨٨ باب الضمان

١٨٩ هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه فى التزام الحق .

الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تغمده الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء الخامس

الطبعة الأولى

على نسخة بخط المؤلف

١٣٧٦/٣/٢٠ هـ — ١٩٥٦/١٠/٢٥ م

مطبعة السنة المحمدية
١٧ شارع شريف باشا الكبير ـ القاهرة
ت ٧٩٠١٧

٢٠ ربيع الأول ١٣٧٦ هـ الموافق ٢٥ اكتوبر ١٩٥٦ م

أصل بخط المصنف

قد مَنَّ الله سبحانه وتعالى بنسخة من الجزء الثالث من الانصاف بخط المؤلف . ولكنها ـ مع الأسف ـ ناقصة الورقة الأولى ، وبها بعض خروم فى أثنائها والموجود منها ٢٦٣ ورقة . وقد أصابها الإهمال والعث بالتآكل فى أطراف كثير من أوراقها ، والهوامش التى بقيت هى تكملة للأصل . تدل عليه مطابقة نسخة مكتبة أحمد الثالث .

ولا أشك أن هذا الجزء الثالث متمم للنسخة التى أخبرنى الأستاذ العلامة المحقق ، البحاثة المدقق ، مؤرخ العصر ، السيد خير الدين الزركلى : أنها بمكتبة الرياض العلمية السعودية . وقد تفضل فأرانى منها صورة فوطوغرافية لصفحة ، تأكدت تمام التأكد أنها نموذج مطابق كل المطابقة ـ فى الخط ، وحجم الورق ، وطريقة الكتابة ، والبياض الذى يتركه المصنف .

وقد اعتمدناها من أول هـذا الجزء . وسترى نماذج منها فى الصور الثلاث هذه .

وسيرى القارىء أن النسخة المأخوذة صورتها من مكتبة أحمد الثالث بالأستانة رقم ٨٤٩ ، والتى اعتمدناها من أول الكتاب نسخة قيمة جداً . وأنها طبق الأصل الذى بخط المؤلف .

ولله الحمـد أولا وآخرا . والصلاة والسلام على خاتم رسله محمـد وعلى آله أجمعين ?.

وكتبه فقير عفو الله ورحمته

محمد حامد الفقى

[illegible]

[illegible]

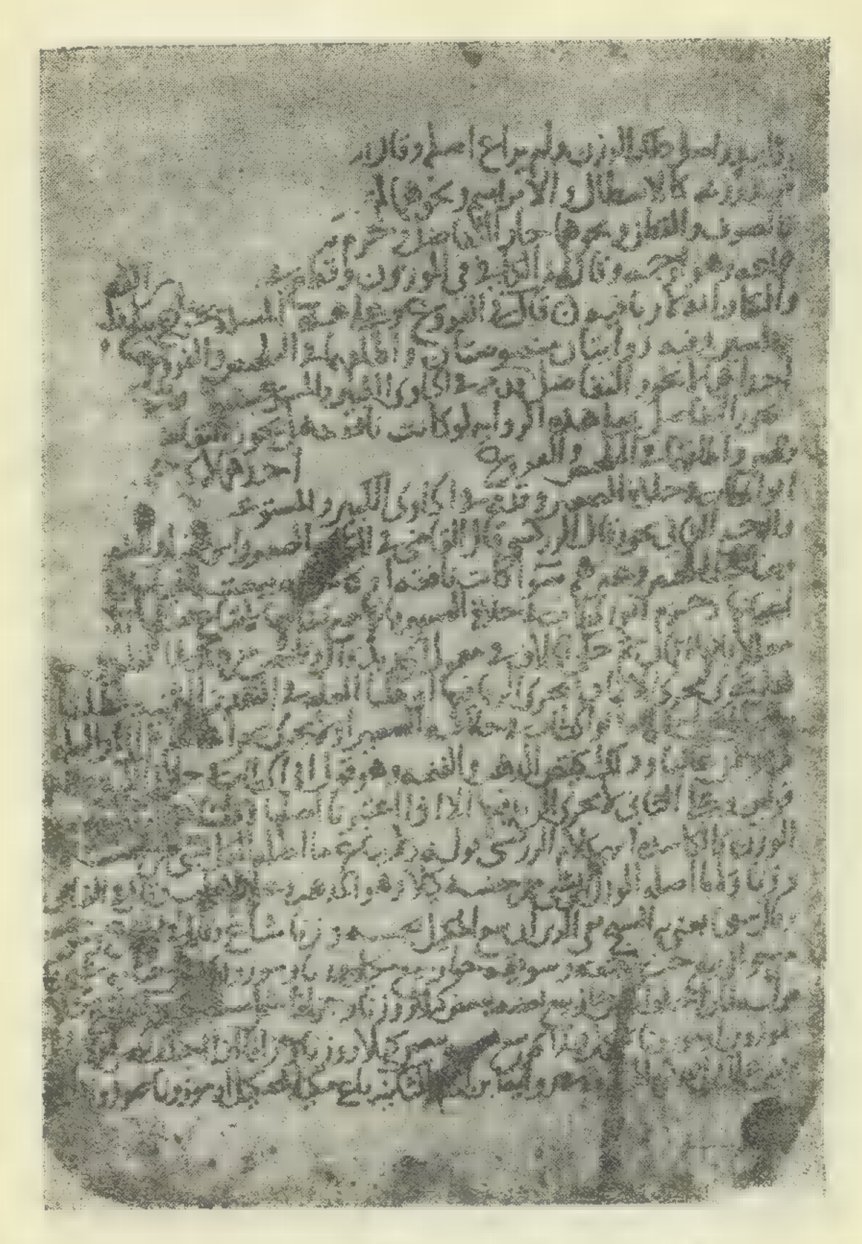
[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

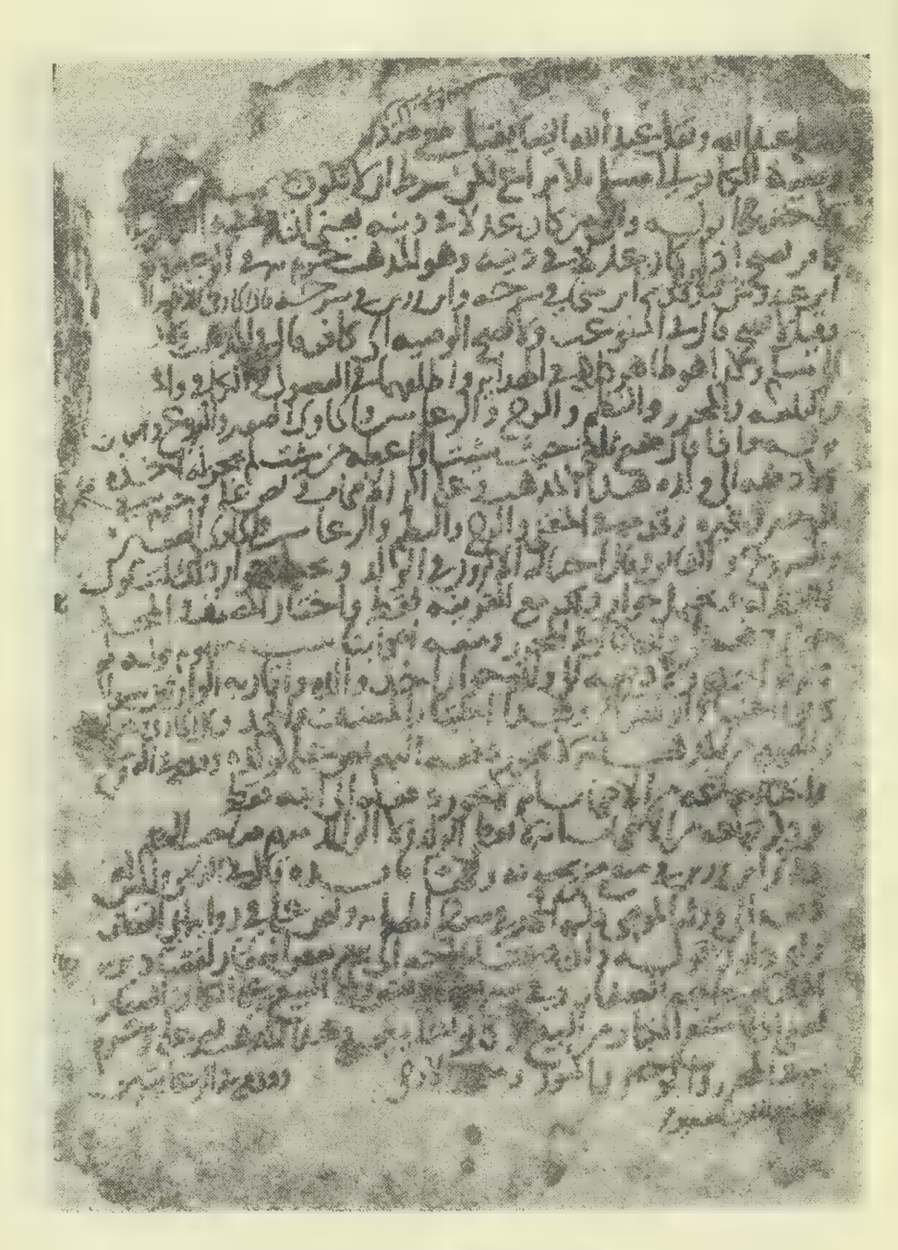
[illegible]



أول صفحة من الموجود من الجزء الثالث بخط المؤلف

وهى الصفحة الثالثة من أول الجزء

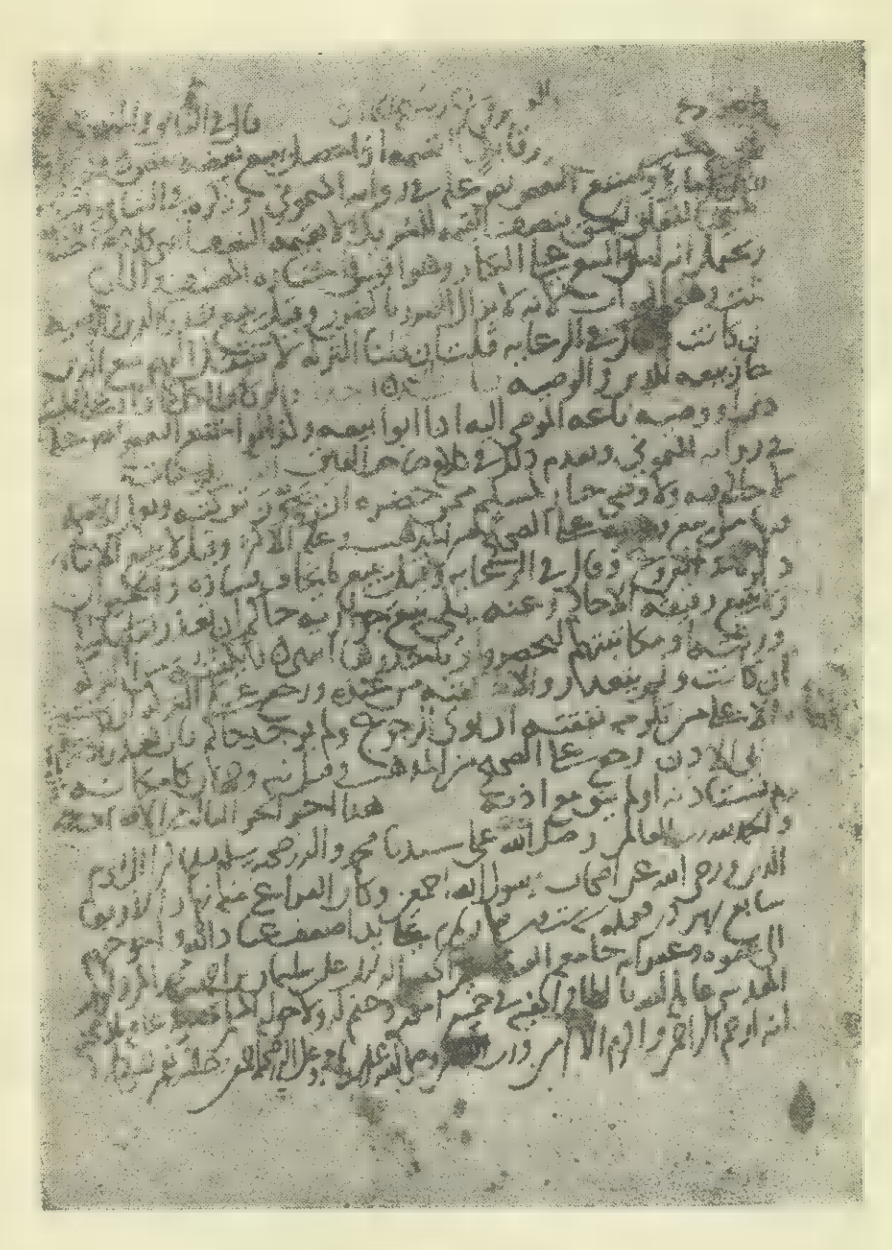




الصفحة التى قبل الأخيرة من الجزء الثالث

المكتوب بخط المؤلف





الصفحة الأخيرة من الجزء الثالث

من المخطوطة بخط المؤلف



بسم الله الرحمن الرحيم

باب الربا والصرف

قوله ﴿ فَأَمَّا رِبَا الفَضْلِ : فَيَحْرُمُ فِي الجِنْسِ الوَاحِدِ، مِنْ كُلِّ مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره . وقال : هذا المذهب .

قال الشارح : هذا أشهر الروايات . وذكره الخرقى ، وابن أبى موسى ، وأكثر الأصحاب .

قال القاضى : اختارها الخرقى ، وشيوخ أصحابنا .

قال الزركشى : هى الأشهر عنه . ومختار عامة أصحابه .

قال فى الفائق : اختاره الأكثرون .

فعليها : علة الربا فى الذهب والفضة : كونهما موزون جنس . وعلة الأربعة الباقية المنصوص عليها فى الحديث : كونهن مكيلات جنس ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال بعض الأصحاب : الكيل بمجرده علة ، والجنس شرط .

وقال : أو اتصافه بكونه مكيل جنس هو العلة . وفعل الكيال شرط . أو نقول : الكيل أمارة .

فالحكم على المذهب : إيجاب المماثلة ، مع أن الأصل إباحة بيع الأموال الربوية بعضها ببعض مطلقا . والتحريم لعارض .

وعلى المذهب : يجوز إسلام النقدى فى الموزون . وبه بطلت العلة . لأن

كل شيئين شملهما إحدى علتى ربا الفضل يحرم النساء فيهما .

وفى طريقة بعض الأصحاب : يحرم سلمهما فيه ولا يصح ، وإن صح فللحاجة.

تنبيه : فعلى هذه الرواية : يجرى الربا فى كل مكيل أو موزون بجنسه، مطعوما كان أو غير مطعوم ، كالحبوب والأشنان والنورة والقطن والصوف ، والحناء والكتان والحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك . ولا يجرى فى مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالمعدودات ونحوها .

وعنه لا يحرم إلا فى الجنس الواحد من الذهب والفضة .

﴿ وكُلِّ مَطْعُوم ﴾ مراده مطعوم للآدمى . وهو واضح . قال أبو بكر : روى ذلك عن أحمد جماعة . فتكون العلة فى الأثمان : الثمنية . وفيما عداها : كونه مطعوم جنس . فتختص بالمطعومات ، ويخرج ما عداها .

وعنه لا يحرم إلا فى ذلك إذا كان مكيلا أو موزونا . اختارها المصنف ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقواها الشارح . وجزم به فى العمدة .

فتكون العلة فى الأثمان : الثمنية ، وفى الأربعة الباقية : كونهن مطعوم جنس إذا كان مكيلا أو موزونا . فلا يجرى الربا فى مطعوم لا يكال ولا يوزن ، كالتفاح والرمان والبطيخ والجوز والبيض ونحوه ، ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والأشنان والحديد ونحوه . وأطلقهن فى المذهب .

فوائد

الأولى : قولنا فى الروايتين الأخيرتين « العلة فى الأثمان : الثمنية » هى علة قاصرة . قال فى الفروع : لا يصح التعليل بها فى اختيار الأكثر . ونقضت طرداً بالفلوس ، لأنها أثمان ، وعكسا بالحلى .

وأجيب بعدم النقدية الغالبة .

قال فى الانتصار : ثم يجب أن يقولوا : إذا نفقت حتى لا يتعامل إلا بها إن فيها الربا ، لكونها ثمناً غالباً .

قال فى التمهيد : من فوائدها ربما حدث جنس آخر يجعل ثمنا ، فتكون تلك علة .

الثانية : رجح ابن عقيل ـ أخيرا فى عمد الأدلة ـ : أن الأعيان الستة المنصوص عليها لاتعرف علتها لخفائها . فاقتصر عليها ولم يتعداها ، لتعارض الأدلة عنده فى المغنى . وهو مذهب طاوس ، وقتادة ، وداود وجماعة .

الثالثة : القاعدة ـ على غير قول ابن عقيل ـ : أن كل شيء اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد فيه الربا ، رواية واحدة ، كالأرز والدخن والذرة والقطنيات والدهن واللبن ، ونحو ذلك . وما عدم فيه الكيل والوزن والطعم ، أو اختلاف جنسه : فلا ربا فيه . رواية واحدة ، كالتبن والنوى والقت والطين ، إلا الأرمنى ، فإنه يؤكل دواء . فيكون موزوناً مأكولا . فهو من القسم الأول . وما وجد فيه الطعم وحده ، أو الكيل أو الوزن من جنس واحد : ففيه الخلاف .

قال الشارح : والأولى ـ إن شاء الله ـ حله .

الرابعة : لاربا فى الماء مطلقا . على الصحيح من المذهب ، لإباحته أصلا وعدم تموله عادة . وعليه أكثر الأصحاب . وقطعوا به . منهم القاضى ، والمصنف وابن الجوزى ، والسامرى ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم . وصححه فى الفروع .

فعليها : قال المصنف ـ وتبعه الشارح ، والزركشى ـ لأنه ليس بمكيل . فلا يجرى فيه الربا .

وظاهر كلامه فى الفروع وغيره : أنه مكيل . فيكون مستثنى من عموم كلامهم . ويعايى بها .

وقيل : يجرى فيه الربا ، إن قيل : إنه مكيل .

قال الزركشى : والأقيس جريان الربا فيه ، على رواية أن علة الربا : الطعم . قال : وهو ظاهر مافى خلاف أبى الخطاب الصغير .

وتعليلهم بأن الأصل الإباحة : ينتقض بلحم الطير ، و بالطين الأرمنى ونحوهما و بأنه مما لايتمول : مردود بأن العلة عندنا ليست المالية .

الخامسة : الذهب والفضة داخلان ، على الروايات كلها . فيحرم التفاضل فيهما مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب ، إلا أن الشيخ تقى الدين رحمه الله ، جوز بيع المصوغ المباح بقيمته حالاً .

قلت : وعمل الناس عليه .

وكذا جوزه نساء ، ما لم يقصد كونها ثمناً . قال : وإنما خرج عن القرب بالصنعة . فليس بربوى ، وإلا فجنس بنفسه . فيباح خبز بهريسة .

وجوز الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً بيع موزون ربوى بالتحرى للحاجة .

السادسة : فعلى المذهب فى أصل المسألة : هل يجوز التفاضل فيما لايوزن بصناعة أم لا ؟ فيه روايتان . وذلك كالمعمول من الذهب والفضة والصفر والحديد والرصاص ، ونحوه . وكالمعمول من الموزونات ، كالخواتم والأسطال والإبر والسكاكين والثياب والأكيسة ، ونحو ذلك . وأطلقهما فى المذهب ، والفروع ، والفائق . وأطلقهما فى التلخيص فيما لايقصد وزنه .

إحداهما : يجوز التفاضل . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين . وهو الصواب . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

الثانية : لايجوز . اختاره ابن عقيل فى الفصول . وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاويين .

قال الزركشى : المنع اختيار جماعة . منهم ابن عقيل ، وغيره .

وعنه يجوز بيع ثوب بثوبين وكساء بكساءين يداً[(١)] بيد . وأصل ذلك الوزن ولم يراع أصله .

---

(١) أول الموجود من الجزء الثالث بخط المصنف .

وقال القاضى فى الجـامع الصغير ، والتعليق : إن قصد وزنه ـ كالأسطال ـ والإبريسم ونحوهما : لم يجز التفاضل . و إن لم يقصـد وزنه ـ كالصوف والقطن ونحوهما ـ جاز التفاضل . وجزم به فى التلخيص .

قال الزركشى : وهو قول جماعة . وهو أوجه . وقاله فى الـكافى فى الموزون وقطع فى المنسوج من القطن والـكتان : أنه لا ربا فيه .

قال فى الفروع : وعلى هذه المسـألة يخرج بيع فلس بفلسين . وفيه روايتان منصوصتان . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع .

إحداهما : لا يجوز التفاضل . نص عليه فى رواية جماعة . قدمه فى الحـاوى الـكبير ، والمستوعب .

والرواية الثانية : يجوز التفاضل .

فعلى هذه الرواية : لو كانت نافقة . هل يجوز التفاضل فيها ؟ على وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع .

إحداهما : لايجوز . جزم به أبو الخطاب فى خلافه الصغير . وقدمه فى الحاوى الـكبير ، والمستوعب .

والوجه الثانى : يجوز . قال الزركشى : قال القاضى فى الجامع الصغير ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص وغيرهم : سواء كانت نافقة أو كاسدة . بيعت بأعيانها ، أو بغير أعيانها .

وجزم أبو الخطاب فى خلافه الصغير بأنهـا ـ مع نفاقها ـ لا تباع بمثلها إلا مماثلة ، معللا بأنها أثمان .

ثم حكى الخلاف فى معمول الحـديد . قال : وتلخص من ذلك فى الفلوس النافقة ، هل تجرى مجرى الأثمان . فيجرى الربا فيها ؟ إن قلنا : العلة فى النقدين

الثمينة مطلقا ــ وهو ظاهر ما حكاه أبو الخطاب فى جامعه الصغير[1] . أو لا يجرى مجراها ، نظراً إلى أن العلة ما هو ثمن غالبا . وذلك يختص الذهب والفضة . وهو قول أبى الخطاب فى خلافه الكبير ، على القولين .

وعلى الثانى : لا يجرى الربا فيها ، إلا إذا اعتبرنا أصلها ، وقلنا : العلة فى النقدين الوزن كالكاسدة . انتهى كلام الزركشى .

قوله ﴿ وَلاَ يُبَاعُ مَا أَصْلُهُ الكَيْلُ بِشَىْءٍ مِنْ جِنْسِهِ وَزْناً ، وَلاَ مَا أَصْلُهُ الوَزْنُ ﴾ أى بشىء من جنسه ﴿ كَيْلاً ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقال فى الفائق : وقال شيخنا ــ يعنى به الشيخ تقى الدين رحمه الله ــ إن بيع المكيل بجنسه وزنا شاع .

وقال فى الفروع : ويتوجه من جواز بيع حب بدقيقه وسويقه جواز بيع مكيل وزنا وموزن كيلا . اختاره شيخنا .

قوله ﴿ فَإِنْ اخْتَلَفَ الجِنْسُ جَازَ بَيْعُ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ كَيْلاً وَوَزْنا وَجُزَافاً ﴾ .

شمل مسألتين .

إحداهما : باع مكيلا بموزون ، أو موزونا بمكيل . فهذا يجوز بيع بعضه ببعض كيلا ووزناً وجزافاً ، إذا اختلف الجنس ، قولا واحداً . ونص عليه ، لكن الإمام أحمد رحمه الله كره المجازفة فى رواية ابن الحكم .

الثانية : باع مكيلا بمكيل ، أو موزوناً بموزون . واختلف الجنس . فعموم كلام المصنف هنا : أنه يجوز . وهو قول أكثر الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى ، والمذهب الأحمد والنظم ، والوجيز ، وتجريد العناية ، والمنور ، وإدراك الغاية ، وغيرهم . واختاره ابن عقيل ، والمصنف ، والمجد ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا فى شرحه ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم .

---

(١) فى خ « خلافه الصغير »

قال فى الفروع : وهو أظهر . وقدمه فى الشرح ، والفائق والهداية ، والمستوعب والخلاصة ، والرعاية الـكبرى ، وغيرهم .

وعنه لا يجوز ذلك جزافاً . اختاره جماعة من الأصحاب . منهم أبو بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، والخلاف ، والشريف أبو جعفر .

قال فى الرعاية الـكبرى ، وقيل : يحرم . وهو أظهر . وأومأ إليه أحمد . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها .

قال ابن أبى موسى : لاخير فيما يكال بما يكال جزافاً . ولافيما يوزن بمايوزن جزافاً ، اتفقت الأجناس أو اختلفت . وقاله القاضى . وهو المنصوص عن الإمام أحمد فى رواية الحسن بن ثواب وغيره .

قال فى الفروع : ونصه لا يجوز .

قلت : هذا المذهب . لأنه المنصوص عن الإمام أحمد .

والأول : اختاره كثير من الأصحاب ، لـكن لم ينقل عن صاحب المذهب .

وأطلقهما فى المذهب ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

قوله ﴿ وَالجِنْسُ : مَالَهُ اسْمٌ خَاصٌ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا ، كَالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ وَالبُرِّ وَالشَّعِيرِ وَالتَّمْرِ وَالمِلْحِ ﴾ .

نص عليه . قال فى الطريق الأقرب : والأبازير جنس .

تنبيه : صرح المصنف أن البر والشعير جنسان . وهو المذهب . وعليه الأصحاب وعنه هما جنس واحد .

قوله ﴿ وَفُرُوعُ الأَجْنَاسِ أَجْنَاسٌ ، كَالأَدِقَّةِ وَالأَخْبَازِ وَالأَدْهَانِ ﴾ .

وكذا الخلول . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه أن خل التمر والعنب جنس واحد . ورده المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقال فى التلخيص : وفى الخلول وجهان .

قال الزركشى ، وفى التلخيص : الخلول كلها جنس واحد . ولا معول عليه . انتهى .

قلت : يحتمل أن يكون الوجه الثانى ـ الذى فى التلخيص ـ موافقا للرواية .

وخرج فى النهاية من هذه الرواية : أن الأدهان المائعة جنس واحد . وأن الفاكهة ـ كتفاح وسفرجل ـ جنس .

فائدة : لايصح بيع خل العنب بخل الزبيب مطلقاً . نص عليه .

وقال القاضى وغيره : لانفراد أحدهما بالماء .

قلت : فيعايى بها .

واقتصر عليه الزركشى .

قوله ﴿ وَاللَّحْمُ أَجْنَاسٌ بِاخْتِلَافِ أُصُولِهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأكثر . منهم أبو بكر ، والقاضى فى تعليقه وأبو الحسين ، وأبو الخطاب فى خلافه ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى تجريد العناية : اللحم أجناس باعتبار أصوله ، على الأظهر .

وعنه جنس واحد . اختاره الخرقى .

وأنكر القاضى كون هذه الرواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين . والحاويين ، وإدراك الغاية ، ونهاية ابن رزين .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ اللَّبَنُ ﴾ .

يعنى أن فيه روايتين . هل هو أجناس باختلاف أصوله ؟ وهو المذهب . كاللحم ، أو جنس واحد كاللحم ؟ سواء ، خلافاً ومذهباً .

وقال ابن عقيل : لبن البقر الأهلية والوحشية جنس واحد . على الروايات كلها . لأن اسم البقر يشملها . ورده المصنف ، والشارح .

وعنه فى اللبن : أنه أربعة أجناس أيضاً ، كاللحم . ذكرها فى المذهب ، والهادى ، والتلخيص ، والرعاية ، وغيرهم .

وعنه فى اللحم : أنه أربعة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الوحش ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء . اختارها القاضى فى روايتيه . وحمل كلام الخرقى عليه . وضعف المصنف اختيار القاضى .

وأطلقهن فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والهادى ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة .

وقال ابن أبى موسى : لا خلاف عن الإمام أحمد : أن لحم الطير والسمك جنسان . انتهى .

وعنه فى اللحم : أنه ثلاثة أجناس : لحم الأنعام ، ولحم الطير ، ولحم دواب الماء .
قلت : وهو ضعيف . فإن لحم الوحش على هذه الرواية لم يذكر له حكم .

فائدتان

إحداهما : لحم الغنم جنس واحد . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

وقيل : جنسان ، ضأن ومعز . لتفريقه سبحانه وتعالى بينهما . وهو احتمال . ذكره المصنف ، والشارح .

الثانية : الشحوم والأكبدة والأطحلة والرئات والجلود والأصواف والعظام والرءوس والأكارع ، ونحو ذلك مما اشتمل عليه اللحم : يجرى فيهن من الخلاف ما يجرى فى اللحم . هل ذلك جنس أو أجناس ، أو أربعة ، أو ثلاثة ؟ قاله الزركشى والسامرى ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَاللَّحْمُ وَالشَّحْمُ وَالكَبِدُ أَجْنَاسٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، والرعاية ، وغيرهما .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هذا ظاهر المذهب .

وقال القاضى ، وصاحب عيون المسائل : لا يجوز بيع اللحم بالشحم .

قال الزركشى : ولا أعلم له وجهاً .

قال فى عيون المسائل : لأنه لا ينفك عنه . ولهذا لو حلف لا يأكل لحماً . فأكل شحماً : حنث .

قال فى الفروع : كذا قال .

قال المصنف ، والشارح : فإن منع القاضى منه ، لكون اللحم لا يخلو عن شحم لم يصح . لأن الشحم لا يظهر ، وإن كان فيه شىء فهو غير مقصود . فلا يمنع البيع . ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم . لاشتمال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه . ثم لا يصح هذا عند القاضى . لأن السمين الذى يكون مع اللحم عنده لحم . فلا يتصور اشتمال اللحم على الشحم . انتهيا .

فوائد

منها : القلوب والرءوس والأطحلة والرئات والجلود والأصواف والعظام والأكارع : كاللحم والشحم والكبد . يعنى كل واحد من ذلك جنس غير اللحم . وهذا الصحيح من المذهب .

وقيل : الرءوس من جنس اللحم . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقيل : لا .

ومنها : الألية ، والشحم جنسان . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال الزركشى : هو المشهور عند الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس ، وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : هما جنس واحد . وهو ظاهر ماقدمه فى النظم . وقدمه ابن رزين فى شرحه . واختاره المصنف . وقال : ظاهر كلام الخرقى أن كل ما هو أبيض فى الحيوان ، يذوب بالإذابة ويصير دهناً . فهو جنس واحد . قال : وهو الصحيح . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : اللحم الأبيض ، كسمين الظهر والجنبين ، ونحوه . هو واللحم الأحمر الخالص : جنس واحد . قاله القاضى ، وابن البنا ، وغيرهما .

قال الزركشى : جنس واحد على الأشهر . وجزم به فى المستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاويين . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقال المصنف : ظاهر كلام الخرقى : أنهما جنسان .

ومنها : حكى ابن البنا ، وابن الجوزى فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، فى جواز بيع اللبأ باللبن : وجهين .

وخصهما القاضى بما مست النار أحدهما . ورده المصنف ، والشارح .

وعندهما ـ مع صاحب المستوعب ـ أنهما جنس واحد ، يجوز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً ، ولا يجوز متفاضلاً . ولا يجوز إن مست النار أحدهما . وجزم به فى النظم .

وحمل صاحب المستوعب وجه منع ابن البنا على ما إذا مست النار أحدهما . وجزم فى الرعاية الكبرى بعدم الجواز .

ومنها : لا يجوز بيع الزبد بالسمن ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين . وجزم به فى الكافى .

وقيل : يجوز . اختاره القاضى . ورده المصنف .

قال فى المحرر : وعندى أنه جائز . واقتصر عليه . وصححه فى النظم .

وأطلقهما فى الفروع ، والمستوعب . وقال : ذكرهما ابن عقيل ، وذكرهما ابن عقيل روايتين . قاله فى الفروع .

ومنها : يجوز بيع الزبد ، أو السمن بالمخيض . على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع : يجوزان به فى ظاهر المذهب متماثلا ومتفاضلا . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وقال : نص عليه فى الزبد . وجزم به فى النظم فى بيع السمن بالمخيض .

وقيل : لا يجوز .

ومنها : لا يجوز بيع اللبن بالزبد ، ولا بالسمن ، ولا بشىء منه من فروع اللبن . كاللبأ ونحوه . وسواء كان فيه شىء من غيره أو لا .

قدمه فى المغنى ، والشرح . وقال : هذا ظاهر المذهب . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والنظم .

وعنه : يجوز بيع اللبن بالزبد . إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذى فى اللبن . وهذا يقتضى جواز بيعه متفاضلا . ومنع جوازه متماثلا .

قال القاضى : وهذه الرواية لا تخرج على المذهب .

قلت : هذه الرواية شبيهة بالرواية الثانية الذى[1] فى « مد عجوة » على ما يأتى قريباً . وقد صرح بذلك فى المذهب .

والحكم فى السمن كالحكم فى الزبد . وقدم فى الرعاية : أنه لا يجوز بيعه بسمن . وإن جوزناه بزبد .

ومنها : لايجوز بيع اللبن بالمخيض . نص عليه . ويتخرج الجواز من التى قبلها .

قلت : صرح فى المذهب بها مثلها . وحكى الخلاف فى الكل .

ومنها : قال فى الرعاية الكبرى : لا يجوز بيع اللبن ، سواء كان رائباً أو

---

(١) كذا هى « الذى » بخط المصنف .

حليباً ، بلبن جامد أو مَصْل أو جبن أو أَقِط . وجزم به فى المذهب وجزم به فى النظم فى غير المصل .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ لَحْمٍ بِحَيَوَانٍ مِنْ جِنْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب[١] .

قال المصنف ، والشارح : لا يختلف المذهب فى ذلك .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يحرم إذا كان الحيوان مقصود اللحم ، وإلا فلا .

قوله ﴿ وَفِي بَيْعِهِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمذهب الأحمد ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

أحدهما : لا يجوز . قال الزركشى : وهو ظاهر كلام أحمد ، والخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى تعليقه ، وجامعه الصغير ، وأبى الخطاب فى خلافه الصغير ، وغيرهم . انتهى .

وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

والوجه الثانى : يجوز . قال المصنف ، والشارح : اختاره القاضى . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ونهاية ابن رزين ، ومنتخب الأدمى . وصححه المجد فى شرحه ، وشيخنا فى تصحيح المحرر . وهو المذهب .

وقال الزركشى ، و بعض [الأصحاب] المتأخرين : ينبنى القولين على الخلاف فى اللحم : هل هو جنس أو أجناس ؟ .

وصرح أبو الخطاب أنهما على القول بأنه أجناس . قال الزركشى : وهو الصواب . انتهى .

---

(١) من هنا خرم ست ورقات من مخطوطة المصنف فى غالب الظن .

قلت : قال فى الكافى : وإن باع اللحم بحيوان مأكول غير أصله ـ وقلنا : هما أصل واحد ـ لم يجز ، وإلا جاز .

وقال فى المغنى : احتج من منعه بعموم الأخبار . وبأن اللحم كله جنس واحد . ومن أجازه قال : مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه . فجاز . كما لو باعه بالأثمان

وقال فى إدراك الغاية : وعنه اللحم أجناس باختلاف أصوله . فلا يصح بيعه بحيوان من جنسه . وفى غيره وجه .

فبنى الخلاف على القول بأن اللحم أجناس .

وقال الشارح : والظاهر أن الاختلاف مبنى على الاختلاف فى اللحم . فإن قلنا : إنه جنس واحد لم يجز . وإن قلنا : أجناس . جاز بيعه بغير جنسه .

فوائد

الأولى : يجوز بيع اللحم بحيوان غير مأكول ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفائق : جاز فى أصح الوجهين .

قال المصنف ، والشارح : جاز فى ظاهر قول أصحابنا .

وكأنهما لم يطلعا على نقل فيه خاص .

قال أبو الخطاب : ولا رواية فيه فيحتمل وجهين .

وصرح بالجواز القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى خلافه الصغير ، وابن الزاغونى . وصححه ابن عقيل فى الفصول . وقدمه فى الفروع ، والرعاية . وهو ظاهر كلام الشريف أبى جعفر ، والقاضى فى الجامع الصغير .

وقيل : هو كالمأكول . جزم به ابن عقيل فى التذكرة . وأطلق وجهين فى المستوعب .

الثانية يجوز بيع اللحم بمثله بشرطه ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : ذهب جمهور الأصحاب إلى الجواز .

واختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وغيرهما . وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والفروع ، والنظم ، وغيرهم .

وعنه لا يجوز إذا كان رطباً . اختاره الخرقى ، وأبو حفص العكبرى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

ويأتى قريباً بيع رطبة برطبة . وهو شامل لهذه المسألة .

فعلى المذهب : يشترط نزع عظمه ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : اشترط القاضى والأكثرون فى بيع اللحم نزع العظم .

قال فى الفروع : ويعتبر نزع عظمه فى الأصح . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والتلخيص ، والمحرر وتذكرة ابن عبدوس ، والإيضاح .

وقيل : لا يشترط .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الحاوى الكبير ، وغيرهم : وكلام الإمام أحمد يقتضى الإباحة من غير نزع عظامه ، ومالوا إلى ذلك . وقدمه فى النظم .

الثالثة : يشترط لصحة بيع العسل [بالعسل] تصفيته من الشمع . فإن لم يصف . فحكمه حكم « مد عجوة » على ما يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ حَبٍّ بِدَقِيقٍ ، وَلاَ بِسَوِيقِهِ ، فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ﴾ وهى المذهب . وعليه الأصحاب .

والرواية الثانية : يجوز . فيباع وزناً . اختارها فى الفائق . وعلل الإمام أحمد رحمه الله : المنع بأن الأصل الكيل .

فوائد

إحداها : يحرم بيع دقيق بسويقه ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال فى الرعايتين : يجوز ، على الأضعف .

وعنه لا يجوز وزناً . قال فى الحاويين : يجوز بيع دقيق بسويقه فى أصح الوجهين .

الثانية : لا يجوز بيع خبز بحبه ، ولا بدقيقه . نص عليه مراراً . وجزم به فى الرعاية ، والمذهب ، وغيرهما . نقل ابن القاسم وغيره المنع . لأن فيه ماء .

وعلله ابن شهاب بأنهما إذا صارا خبزا كان أكثر من هذا .

وفى الفروع هنا كلام محتمل . فلم نذكره .

الثالثة : لا يجوز بيع حب جيد بمسوس . ذكره ابن عقيل وغيره ، واقتصر عليه فى الفروع .

ويصح بيع حب جيد بحب خفيف .

قال ابن عقيل : وبيع عفنه بسليمه يحتمل كذلك .

قوله ﴿ وَلاَ أَصْلُهُ بِعَصِيرِهِ ﴾

يعنى لا يجوز ، كزيتون بزيت ونحوه .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

ونقل مهنا فى الزيتون يكره . وهو قول فى الرعاية .

قوله ﴿ وَلاَ خَالِصِهِ بِمَشُوبِهِ ﴾.

وكذا لا يجوز مشوبه بمشوبه . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ويجوز بيع ذلك والذى قبله على الرواية التى فى « مد عجوة » .

وظاهر ماقطع به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والخلاصة : جواز بيع خالصه بمشوبه . وفيه نظر ظاهر . وربما كان سهواً .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ دَقِيقِهِ بِدَقِيقِهِ إِذَا اسْتَوَيَا فِى النُّعُومَةِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدم فى التبصرة عدم الجواز .

فعلى المذهب : يباع بالكيل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وقيل : بالوزن . اختاره القاضى . ورده المصنف ، والشارح .

قال فى الرعايتين ، والحاويين ، وقيل : أو وزناً .

قوله ﴿ وَمَطْبُوخُهُ بِمَطْبُوخِهِ ﴾ .

يعنى يجوز ، كاللَّبا[1] بمثله ، والأقط بمثله ، والسمن بمثله ، وما أشبهه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لايصح .

وقيل : إن استويا فى عمل النار صح ، وإلا فلا عجوة .

قوله ﴿ وَخُبْزُه بِخُبْزِهِ ﴾ .

هذا المذهب فى الجملة . وعليه الأصحاب ، وأكثرهم قطع به .

قال وفى المبهج : لا يجوز فطير بخمير .

قوله ﴿ إذَا اسْتَوَيَا فِى النَّشَافِ أَوْ الرُّطُوبَةِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز . وشرح ابن منجا ، والحاويين ، والتلخيص ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقال فى الرعايتين : وخبزه بخبزه . وأطلق . وقال : استويا جفافا .

وقال فى الفروع : وخبزه بخبزه . ولم يحك خلافا . وكذا قال فى الهداية .

قال فى المذهب : يجوز بيع الخبز بالخبز ، وإن تفاوتا فى الرطوبة واليبوسة . ولعل هذا المذهب .

---

(١) هو ماينزل فى الضرع عقب الولادة مباشرة .

قوله ﴿ وَعَصِيرُهُ بِعَصِيرِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . جزم به فى المغنى، والشرح ، والهداية والخلاصة . وصححه فى الفروع . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقال : نص عليه .
وقيل : لا يجوز

قوله ﴿ وَرَطْبُه بِرَطْبِهِ ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعاية الكبرى . وقال : نص عليه ، وغيرهم .

قال الزركشى : هو قول جمهور الأصحاب : القاضى ، وأبى الخطاب ، والشيخين ، وغيرهم .

ومنع منه ابن شهاب ، وأبو حفص العكبرى . وهو رواية عن الإمام أحمد . وقالا : يحتمله كلام الخرقى فى اللحم بمثله .

قال فى المحرر : ولم يجزه الخرقى فى اللحم رطبا .

وقال المصنف : ومفهوم كلام الخرقى إباحته هنا . لقوله « ولا يباع شىء من الرطب بيابس من جنسه » فإن مفهومه جواز [بيع] الرطب بالرطب .

وتقدم بيع اللحم باللحم عند بيع اللحم بالحيوان .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْمُحَاقَلَةِ . وَهُوَ بَيْعُ الْحَبِّ فِى سُنْبُلِهِ بِجِنْسِهِ ﴾

أطلق المصنف قوله « الحب فى سنبله » وأطلق أيضاً جماعة . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والشرح ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

والصحيح من المذهب : أن بيع المحاقلة : هو ببيع الحب المشتد فى سنبله . فلا بد أن يكون مشتداً . جزم به فى المحرر ، والمنور ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الفروع . وقال : ولم يقيده جماعة .

قوله ﴿وَفِي بَيْعِهِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ وَجْهَانِ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح ، والتلخيص ، والنظم . وهو ظاهر ما صححه فى البلغة . وجزم به فى المنور . وجزم فى المغنى فى باب الربا عند مسألة « والبر والشعير جنسان » .

الوجه الثانى : لا يصح .

تنبيه : قوله ﴿وَفِي بَيْعِهِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ﴾ .

قال فى الفروع : وفى بيعه بمكيل غير جنسه ، ثم قال : ويصح بغير مكيل فخص الخلاف بالمكيل . وهو الصحيح . وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، والفائق ، والرعايتين . وقدمه فى الفروع .

ومثل فى الحاوى الصغير بالشعير ونحوه . ومثله فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والحاوى الكبير ، وغيرها : بالشعير . وخص المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص وغيرهم : الخلاف بالحب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

فالأول أعم من الثانى . لأن كل حب مكيل . وليس كل مكيل بحب .

وتظهر فائدة الخلاف فى الأشنان ونحوه . فإنه داخل فى القول الأول ، لا الثانى . لأنه ليس بحب .

قوله ﴿وَلاَ بَيْعُ الْمُزَابَنَةِ . وَهِيَ بَيْعُ الرُّطَبِ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ بِالتَّمْرِ إِلاَّ فِي الْعَرَايَا . وَهُوَ بَيْعُ الرُّطَبِ فِي رُءُوسِ النَّخْلِ خَرْصًا بِمِثْلِهِ مِنَ التَّمْرِ كَيْلاً فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ لِمَنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى أَكْلِ الرُّطَبِ وَلاَ ثَمَنَ مَعَهُ﴾ .

« العرايا » التى يجوز بيعها : هى بيع الرطب فى رءوس النخل ، سواء كان

موهو باً أو غير موهوب . على الصحيح من المذهب . واختاره القاضى ، وجمهور الأصحاب . وهو ظاهر عموم كلام المصنف ، والمجد ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وظاهر كلام الخرقي ـ وتبعه جماعة من الأصحاب ، منهم صاحب التلخيص ـ تخصيص العرايا بالهبة . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى رواية سندى وابن القاسم : العرية أن يهب الرجل للجار ـ أو ابن العم ـ النخلة والنخلتين ، مالا تجب فيه الزكاة . فللموهوب له أن يبيعها بخرصها تمراً للرِفق .

قوله ﴿ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ ﴾ .

يشترط فى صحة ذلك : أن يكون فيما دون خمسة أوسق . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يجوز فى خمسة أوسق .

وذكر ابن الزاغونى فى الوجيز : أنه لا تشترط الأوسق أصلا فيما إذا كان المشترى هو الواهب إذا كان يشق عليه دخول الموهوب له وخروجه فى بستانه ، أو يكره الموهوب له دخول بستان غيره .

قال الزركشى : وأغرب ابن الزاغونى فى ذلك . ولا نظير له .

قوله ﴿ لِمَنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى أَكْلِ الرُّطَبِ ﴾ .

ولا نزاع فى ذلك .

ومفهوم كلام المصنف : أن البائع لو احتاج إلى أكل التمر ـ ولا تمر معه إلا الرطب ـ أنه لا يجوز له ذلك . وهو الصحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ماجزم به فى المغنى ، والشرح وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يجوز ذلك . وعللوه فقالوا : جواز ذلك بطريق التنبيه . لأنه إذا جاز

مخالفة الأصل لحاجة التفكه فلحاجة الاقتيات أولى . اختاره أبو بكر فى التنبيه . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والنظم ، وتذكرة ابن عبدوس ، والفائق ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى الرعاية الكبرى

وجعل ابن عقيل من صور الحاجة : إذا كانت موهوبة ويشق على الواهب دخول الموهوب له وخروجه ، أو يكره الواهب دخول غيره . فيجوز البيع إذاً .

تنبيه : يكتفى بالحاجة المتقدمة من جهة البائع أو المشترى ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا المشهور المختار لأبى محمد وغيره . وجزم به أبو بكر فى التنبيه .

وحكى المصنف ، والشارح عن أبى بكر والقاضى : اشتراط الحاجة من جانبى البائع والمشترى . وهو المقدم عند ابن عقيل .

قال الزركشى : وظاهر ما فى التلخيص : أنه يشترط ـ مع حاجة المشترى المتقدمة ـ أن يشق على الموهوب له القيام عليها .

فعلى المذهب ـ وهو اشتراط حاجة المشترى ، وعدم اشتراط حاجة البائع ـ يجوز للبائع أن يبيع أكثر من مائة وسق فى عقود متعددة بالشروط الآتية .

وعلى القول باشتراط الحاجة من البائع ، أو المشترى : لايجوز أن يبيع عريقين من رجلين خمسة أوسق فأكثر ، وهو قول أبى بكر ، والقاضى ، وابن عقيل .

قوله ﴿ وَيُعْطِيهِ مِنَ التَّمْرِ مِثْلَ مَا يَؤُولُ إِلَيْهِ مَا فِى النَّخْلِ عِنْدَ الْجَفَافِ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يعطيه مثل رطبه .

قال الزركشى : ولعله ظاهر الأحاديث .

وقيل : إنه المنصوص . وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والـكافى ، والزركشى .

تنبيه : تلخص مما تقدم : أنه يشترط لصحة بيع العرايا شروط . بعضها متفق عليه ، و بعضها مختلف فيه .

فمنها : كونه رطباً على رءوس النخل . فلايجوز بيع الرطب الذى على الأرض بتمر

ومنها : كونها دون خمسة أوسق على المذهب .

ومنها : كونها خرصاً لا جزافاً .

ومنها : كون المبيع بتمر ، فلا يجوز بيعها بخرصها رطباً .

ومنها : كون التمر المشترى به كيلاً لا جزافاً .

ومنها : كون التمر مثل ما حصل به الخرص ، لا أزيد ولا أنقص .

ومنها : الحلول والقبض من الطرفين فى مجلس العقد . نص عليه . وقبض كل واحد منهما بحسبه . ففى النخلة : بالتخلية ، وفى التمر : بكيله . فإن سلم أحدهما ثم مشى إلى الآخر فسلمه جاز التبايع .

و يأتى إذا ترك الرطب حتى أتمر فى الباب الذى يليه .

ومنها : الحاجة إلى أكل الرطب أو التمر ، على ما تقدم .

ومنها : أن لا يكون مع المشترى نقد يشترى به . فهذه تسعة شروط .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ فِى سَائِرِ الثِّمَارِ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس . وهو ظاهر كلام الخرقي ، والوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

والوجه الثانى : يجوز . قاله القاضى . وهو مقتضى اختيار الشيخ تقى الدين .

قلت : وهو الصواب عند من يتعاده . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما

فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يجوز فى العنب وحده . وهو احتمال للمصنف . وهو ظاهر ما قطع به الطوفى فى مختصره فى الأصول فى القياس .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف وغيره : أنه لا يجوز فى غير التمر . قولاً واحداً . وهو كذلك ، إلا أن الشيخ تقى الدين : جوز ذلك فى الزرع .

وخرج الشيخ تقى الدين : جواز بيع الخبز الطرى باليابس فى برية الحجاز ونحوها . ذكره عنه فى الفائق ، والزركشى . وزاد : بيع الفضة الخالصة بالمغشوشة نظراً للحاجة .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ جِنْسٍ فِيهِ الرِّبَا بَعْضُهُ بِبَعْضٍ وَمَعَ أَحَدِهِمَا أَوْ مَعَهُمَا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِمَا ، كَمُدِّ عَجْوَةٍ وَدِرْهَمٍ بِمُدَّيْنِ ، أَوْ بِدِرْهَمَيْنِ ، أَوْ بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ ﴾ .

وهو المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقدموه ونصروه .

ويأتى : إذا ظهر أن المدّين من شجرة أو زرع واحد ، أو الدرهمين من نقد واحد

وعنه يجوز ، بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه . اختاره الشيخ تقى الدين فى مواضع من كلامه

فعليها يجوز بيع درهمين بمدّ ودرهمين ، ومدين بدرهم ومد . ودرهم ومد بدرهم ومد . ومدين ودرهم بمدّ ودرهم ، وعكسه . ولا يجوز درهم بمد ودرهم ، ولا مد بدرهم ومد ، ونحو ذلك .

ومن المتأخرين ـ كصاحب المستوعب ـ من يشترط فيما إذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين : التساوى . وجعل كل جنس فى مقابلة جنسه .

وهو أولى من جعل الجنس فى مقابلة غيره . لاسيما مع اختلافهما فى القيمة .

فعلى هذه الرواية : يشترط أن لا يكون حيلة على الربا .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على هذا الشرط فى رواية حرب . ولا بد منه .

وعنه رواية ثالثة : يجوز ، إن لم يكن الذى معه مقصوداً ، كالسيف المحلى . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكره ظاهر المذهب . ونصره صاحب الفائق فى فوائده .

فأما إن كانت الحيلة من غير جنس الثمن : فإنه يجوز . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه لا يجوز . قال فى الإرشاد : وهى أظهرهما . لأنه لو استحق وتلف لم يدر بِمَ يرجع ؟

قال ابن رجب فى قواعده : للأصحاب فى المسألة طريقة ثانية . وهى أنه لايجوز بيع المحلى بجنس حليته ، قولاً واحداً . وفى بيعه بنقد آخر روايتان . ويجوز بيعه بعرض . رواية واحدة . وهى طريقة أبى بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى ، والشيرازى ، وأبى محمد التميمى ، وأبى عبد الله الحسين الهمدانى فى كتابه المقتدى

ومن هؤلاء من جزم بالمنع من بيعه بنقد من جنسه وغير جنسه ، كأبى بكر . وقال الشيرازى : الأظهر المنع .

ومنهم من جزم بالجواز فى بيعه بغير جنسه ، كالتميمى .

ومنهم من حكى الخلاف ، كابن أبى موسى .

ونقل البرزاطى عن الإمام أحمد رحمه الله مايشهد لهذه الطريقة ـ فى حلى صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس ـ : أنه لايجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ، ولا بوزنه من الفضة والنحاس ، ولايجوز بيعه حتى تخلص الفضة من النحاس ويبيع كل واحد منهما وحده .

تنبيه : فعلى المذهب فى أصل المسألة : يكون من باب توزيع الأفراد على الجمل ، وتوزيع الجمل على الجمل .

وعلى الرواية الثانية : يكون من باب توزيع الأفراد على الأفراد .

فائدتان

إحداهما : للأصحاب فى توجيه المذهب مأخذان .

أحدهما ــ وهو ما أخذ القاضى ، وأصحابه : ــ أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفى القيمة : يقسط الثمن على قيمتهما . وهذا يؤدى هنا : إما إلى تعيين التفاضل ، و إما إلى الجهل بالتساوى . وكلاهما مبطل للعقد فى باب الر با .

والمأخذ الثانى : أن ذلك ممنوع ، سداً لذريعة الر با . فإن اتخاذ ذلك حيلة على الر با الصريح واقع . كبيع مائة درهم فى كيس بمائتين ، جعلاً للمائة فى مقابلة الكيس ، وقد لايساوى درهماً . فمنع من ذلك و إن كانا مقصودين ، حسما لهذه المادة .

وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله إيماء إلى هذا المأخذ .

فلو فرض أن المدّين من شجرة واحدة ، أو من زرع واحد ، وأن الدرهمين من نقد واحد . ففيه وجهان . ذكرهما القاضى فى خلافه احتمالين .

أحدهما : الجواز ، لتحقق التساوى .

والثانى : المنع ، لجواز أن يغلب أحدهما قبل العقد . فيقبض قيمته وحده . وصححه أبو الخطاب فى انتصاره .

قلت : وهو المذهب . وداخل فى كلام الأصحاب ، لكن القياس الأول . وأطلقهما فى الفروع ، وقواعد ابن رجب .

الثانية : لو دفع إليه درهماً ، وقال : أعطنى بنصف هذا الدرهم نصف درهم ، و بنصفه فلوساً ، أو حاجة أخرى : جاز . كما لو دفع إليه درهمين ، وقال : أعطنى بهذا الدرهم فلوساً ، و بالآخر نصفين . وكذا لو قال : أعطنى بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز . ذكره المصنف والشارح وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ نَوْعَى جِنْسٍ بِنَوْعٍ وَاحِدٍ مِنْهُ ، كدينار قِراضة ـ

وهو قِطَع الذهب ـ وَصَحِيحٌ بِصَحِيحَيْنِ ﴾ وكذا عكسه ﴿ جاز ﴾ .

وكذا لو باع حنطة حمراء وسمراء ببيضاء ، أو تمراً بَرْنياً ومعقلياً بابراهيمى ونحوه . وهذا المذهب فى ذلك كله . أومأ إليه الإمام أحمد . واختاره أبو بكر ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب الترغيب .

قال فى التلخيص : وهو الأقوى عندى . وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الشرح والفائق . وعند القاضى هى كالتى قبلها .

قال فى القواعد : وهى طريقة القاضى وأصحابه . وجزم به فى الخلاصة ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى المحرر . وأطلقهما فى المستوعب ، والكافى ، والرعاية الصغرى ، والحاويين . قال فى الرعاية الكبرى : وجهان . وقيل : روايتان . انتهى .

ونقل ابن القاسم : إن كان نقداً فكمدّ عجوة . وأطلقهن فى الفروع ، والقواعد الفقهية .

فائدة : هذه المسألة ، ومسألة مد عجوة ، وفروعها : الربا فيها مقصود . فلذلك وقع الخلاف فيهما . أما إذا كان الربا غير مقصود بالإصالة ، وإنما هو تابع لغيره فهو على ثلاثة أنواع .

أحدها : مالا يقصد عادة ، ولا يباع مفرداً . كتزويق الدار ونحوه . قال فى الرعاية : وكذا ثوب طرازه ذهب ، فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق .

الثانى : مايقصد تبعاً لغيره ، وليس أصلا لمال الربا . كبيع العبد ذى المال بمال من جنسه . فهذا له حكم يأتى فى كلام المصنف .

الثالث : مالا يقصد وهو تابع لغيره ، وهو أصل لمال الربا إذا بيع بما فيه منه . وهو ضربان .

أحدهما : أن يمكن إفراد التابع بالبيع . كبيع نخلة عليها رطب برطب . ففيه طريقان .

أحدهما : المنع . وهى طريقة القاضى فى المجرد .

الثانى : الجواز . وهى طريقة أبى بكر ، والخرقى ، وابن بطة ، والقاضى فى الخلاف .

الضرب الثانى : أن يكون التابع مما لا يجوز إفراده بالبيع . كبيع شاة لبون بلبن ، أو ذات صوف بصوف ، و بيع التمر بالنوى . وهو قول المصنف « فى بيع النوى بتمر فيه نوى ، واللبن بشاة ذات لبن ، والصوف بنعجة عليها صوف . روايتان » وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، والحاويين ، والنظم .

إحداهما ـ وهى المذهب ـ : يجوز . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى التصحيح ، وغيره . واختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد « الشارح » وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، وشرح ابن رزين .

والثانية : لا يجوز . اختارها أبو بكر ، والقاضى فى خلافه . وقدمه فى الهادى .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : يجوز بيع اللبن والصوف بشاة ذات لبن أو صوف . ولا يجوز بيع نوى بتمر بنواه .

قال الشارح [على القول بالجواز] يجوز بيعه متفاضلا ومتساوياً . على المذهب .

قال فى القواعد الفقهية : ولعل المنع ينزل على ما إذا كان الربوى مقصوداً . فالجواز على عدم القصد .

وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل « وغيره . وشهد له تعليل الأصحاب كلهم الجواز بأنه تابع غير مقصود .

فائدتاه

إحداهما : الصحيح من المذهب : تحريم بيع تمر بلا نوى بتمر فيه النوى . وإن أبحناه فى عكسها .

وقيل: يباح كالعكس.

الثانية: قال ابن رجب: واعلم أن هذه المسائل منقطعة عن مُدِّ عجوة. فإن القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه. وقد نص الإمام أحمد رحمه الله فى بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه.

وقال القاضى فى خلافه: فى مسألة العبد والنوى بالتمر: وكذلك المنع فيها عند الأكثرين. ومن الأصحاب من خرجها — أو بعضها — على مسائل مد عجوة. ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره، أو لا. وقد صرح به طائفة من الأصحاب. كأبى الخطاب، وابن عقيل فى مسألة العبد ذى المال.

وكذلك حكى أبو الفتح الحلوانى رواية فى بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن: أنه يجوز، بشرط أن يكون المفرد أكثر مما فى الشاة من جنسه

قال ابن رجب: ولعل هذا مع قصد اللبن والصوف بالأصالة. والجواز مع عدم القصد. فيرتفع الخلاف. وإن حمل على إطلاقه فهو منزل على أن التبعية هنا لا عبرة بها. وأن الربوى التابع كغيره. فهو مستقل بنفسه.

قوله ﴿ وَالمَرْجِعُ فِي الكَيْلِ والوَزْنِ إِلَى عُرْفِ أَهْلِ الْحِجَازِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ﴾.

وكذا قال فى الهداية، والمذهب، ومسبوك الذهب، والخلاصة، والهادى، والتلخيص، والبلغة، ونهاية ابن رزين. وتذكرة ابن عبدوس، وإدراك الغاية، وتجريد العناية، وغيرهم.

وقال فى المجرد: ومرد الكيل: عرف المدينة. والوزن: عرف مكة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وجزم به فى الرعاية الصغرى، والحاويين، والنظم، والمنور، ومنتخب الأدمى، والفروع، والوجيز، والزركشى، وغيرهم. وقدمه فى الرعاية الكبرى.

قلت : لو قيل : إن عبارات الأولين مطلقة وهذه مبينة لها ، وأن المسألة قولا واحداً : لكان متجهاً .

ويقوى ذلك : أن صاحب الفروع جزم بذلك مع كثرة اطلاعه .

وقد استدل المصنف ، والشارح ، وغيرهما للأول بقوله عليه أفضل الصلاة والسلام « المكيال مكيال أهل المدينة ، والميزان ميزان أهل مكة » فدل أن مرادهم ماقلناه . وهو واضح .

لكن قال فى الفائق : ومرجع الكيل والوزن : إلى عرف أهل الحجاز .

ورد فى المحرر الكيل إلى المدينة ، والوزن إلى مكة زمن النبى صلى الله عليه وسلم

وحكى فى الرعاية الكبرى الخلاف .

فظاهرهما : التغاير .

ويمكن الجواب بأنهما حكيا عبارات الأصحاب .

قوله ﴿ وَمَا لاَ عُرْفَ لَهُمْ بِهِ فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

أصلهما احتمالان للقاضى [فى التعليق] .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة . والشرح ، والفائق .

أحدهما : يعتبر عرفه فى موضعه . وهذا المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين .

والوجه الآخر : يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز . وقدمه فى الخلاصة ، وإدراك الغاية ، وتجريد العناية ، ونهاية ابن رزين .

وقيل : يرد إلى أقرب الأشياء شبهاً به بالحجاز فى الوزن لاغير .

فعلى المذهب : لو اختلف عرف البلاد ، فالاعتبار بالغالب . فإن لم يكن غالب : تعين الوجه الثانى .

وعلى الوجه الثانى : إن تعذر رجع إلى عرف بلده . قاله فى الحاوى وغيره .

فوائد

إحداها : المائع كله مكيل . على الصحيح من المذهب .

والأدهان ، والزيت والشيرج ، والعسل ، والدبس ، والخل ، واللبن ، ونحوه قدمه فى الفروع .

قال المصنف والشارح ، الظاهر أنها مكيلة . قال القاضى : الأدهان مكيلة . وفى اللبن يصح السلم فيه كيلا .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، إلا فى اللبن والسمن . فإنه أطلق الخلاف فيهما

وقدم فى موضع : أن اللبن مكيل . وقال : الزبد مكيل .

وسئل الإمام أحمد رحمه الله عن السلف فى اللبن ؟ فقال : نعم ، كيلا أو وزناً

وجزم ابن عبدوس فى تذكرته : أن الدهن واللبن مكيل .

وقال المصنف والشارح : يباع السمن بالوزن . ويتخرج أن يباع بالكيل . وجزما بأن الزبد موزون . وجعل فى الروضة العسل موزوناً .

قال المصنف والشارح : والخبز إذا يبس ودق وصار فتيتاً بيع كيلا .

وقال ابن عقيل : فيه وجه يباع بالوزن . انتهى .

والدقيق مكيل . على الصحيح من المذهب .

وقال القاضى : يجوز بيع بعضه ببعض وزناً . ولا يمتنع أن يكون موزوناً وأصله مكيل ، كالخبز . وتقدم ذلك عند جواز بيع بعضه ببعض .

الثانية : من جملة الموزون : الذهب ، والفضة ، والنحاس الأصفر ، والرصاص والزئبق ، والكتان ، والقطن ، والحرير ، والقز ، والصوف ، والشعر ، والوبر ، والغزل ، واللؤلؤ ، والزجاج ، واللحم ، والشحم ، والشمع ، والزعفران ، والعصفر ، والورس ، والخبز ، والجبن ، وما أشبهه .

ومن ذلك : البقول ، والسفرجل ، والتفاح ، والكمثرى ، والخوخ ، والإجاص ، وكل فاكهة رطبة . ذكره القاضى .

ومن جملة المكيل : كل حب ، و بزر ، وأبازير ، وجص ، ونورة ، وأشنان ، وما أشبهه . وكذلك سائر ثمر النخل ، من الرطب والبسر وغيرهما ، وسائر مافيه الزكاة من الثمار . كالزبيب ، والفستق ، والبندق ، واللوز ، والعناب ، والمشمش ، والزيتون ، والبطم ، والبلح ، وما أشبهه .

الثالثة : قال فى النهاية ، والترغيب ، والتلخيص ، والرعاية ، وغيرهم : يجوز التعامل بكيل لم يعهد .

قوله ﴿ وَأَمَّا رِبا النَّسِيئَةِ ، فَكُلُّ شَيْئَيْنِ لَيْسَ أَحَدُهُما ثَمَناً . عِلَّةُ رِبا الفَضْلِ فِيهِمَا وَاحِدَةٌ ، كَالمَكِيلِ بِالمَكِيلِ وَالمَوْزُونِ بِالمَوْزُونِ . لاَ يَجُوزُ النَّسَاءِ فِيهِمَا . وَإِنْ تَفَرَّقَا قَبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ ﴾ .

فيشترط الحلول والقبض فى المجلس فى ذلك . نص عليه . فيحرم مدُّ بُرٍّ بجنسه ، أو بشعير ونحوهما . بلا خلاف أعلمه .

فائدة : لو صرف الفلوس النافقة بذهب أو فضة : لم يجز النساء فيهما . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

ونقل ابن منصور الجواز . ويحتمله كلام المصنف هنا . واختاره ابن عقيل ، والشيخ تقى الدين . وذكره رواية .

قال فى الرعاية قلت : إن قلنا هى عروض : جاز ، وإلا فلا .

قال فى المذهب : يجوز إسلام الدراهم فى الفلوس إذا لم تكن ثمناً . ولايجوز إذا كانت ثمناً .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ مَكِيلاً بِمَوْزُونٍ جَازَ التَّفَرُّقُ قَبْلَ القَبْضِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . قال أبو الخطاب ، والمصنف ، وغيرهما : جاز . رواية واحدة .

قال الزركشي : هو المعروف عند كثير من المتأخرين .

قال في الفروع ، والخلاصة : جاز على الأصح .

وعنه : لا يجوز . ويحتمله كلام الخرقي . فإنه قال : وما كان من جنسين فجائز التفاضل فيه يداً بيد .

قال الزركشي : هو ظاهر كلام الخرقي .

قوله ﴿ وَفِي النَّسَاءِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والكافي ، والهادي ، والمغني ، والمستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاويين ، والزركشي ، والفروع ، وشرح ابن رزين .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . صححه في الخلاصة ، والنظم . وجزم به في المنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه في المحرر ، والفائق .

والرواية الثانية : لا يجوز . قطع به الخرقي ، وصاحب الوجيز . وصححه في التصحيح .

وذكر جماعة من الأصحاب هاتين الروايتين فيما إذا اختلفا في العلة ، أو كان أحدهما غير ربوي .

وأطلق في المغني والشرح والتلخيص فيما إذا كان أحد المبيعين غير ربوي ـ كالمكيل أو الموزون بالمعدود ـ روايتين .

قلت : ظاهر كلام أكثر الأصحاب هنا : الصحة .

قوله ﴿ وَمَا لَا يَدْخُلُهُ رِبَا الفَضْلِ ـ كَالثِّيَابِ وَالْحَيَوَانِ ـ يَجُوزُ النَّسَاء فِيهِمَا ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب ، سواء بيع بجنسه أو بغير جنسه ، متساوياً أو متفاضلا . اختاره القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس المتقدم ، والمصنف ،

والشارح ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، ونهاية ابن رزين ، ونظمها ، والخلاصة وغيرهم .

وقال القاضى : إن كان مطعوما حرم النساء ، و إن لم يكن مكيلا ولا موزونا . وهو مبنى على أن العلة الطعم .

وعنه رواية ثانية : لايجوز النساء فى كل مال بيع بآخر ، سواء كان من جنسه أولا . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى .

قال القاضى : وأبو الخطاب وغيرهما : واختاره الخرقى .

فعليها علة النساء : المالية ، وضعف المصنف هذه الرواية .

فعلى هذه الرواية : لو باع عرضا بعرض ، ومع أحدهما دراهم ، والعروض نقداً والدراهم نسيئة : جاز . و إن كان بالعكس : لم يجز ، لأنه يفضى إلى النسيئة فى العروض .

وعنه رواية ثالثة : لايجوز فى الجنس الواحد ، كالحيوان بالحيوان . و يجوز فى الجنسين ، كالثياب بالحيوان . فالجنس أحد صفتى العلة : فأثر .

وعنه رواية رابعة : يجوز النساء إلا فيما بيع بجنسه متفاضلا .

اختساره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وأطلقهن فى التلخيص ، والبلغة ، والمستوعب ، والزركشى .

فعلى المذهب ، قال بعض الأصحاب : الجنس شرط محض . فلم يؤثر ، قياساً على كل شرط ، كالإحصان مع الزنا .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا : يحرم . فإن كان مع أحدهما نقد : فإن كان وحده نسيئة جاز . و إن كان نقداً والعوضان أو أحدهما نسيئة لم يجز . نص عليه . وقاله القاضى وغيره . وجزم به فى المستوعب ، والرعاية . واقتصر عليه فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وفى الواضح رواية يحرم بأفضل من جنسه . لأنه ذريعة إلى قرض جرّ نفعا .

الثانية : قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الـكَالِىءِ بالـكَالِىءِ ، وَهُوَ بَيْعُ الدَّيْنِ بالدَّيْنِ ﴾ .

قال فى التلخيص : له صور .

منها : بيع مافى الذمة حالاً ـ من عروض أو أثمان ـ بثمن إلى أجل ممن هو عليه .

ومنها : جعل رأس مال السلم دينا .

ومنها : لو كان لـكل واحد من اثنين دين على صاحبه من غير جنسه ـ كالذهب والفضة ـ وتصادقا ولم يحضرا شيئاً . فإنه لايجوز . سواء كانا حالين أو مؤجلين . نص عليه فيما إذا كانا نقدين .

واختار الشيخ تقى الدين الجواز رحمه الله .

فإن أحضر أحدهما جاز بسعر يومه . وكان العين بالدين . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وعنه لايجوز .

فعلى المذهب : لو كان مؤجلا فقد توقف أحمد عن ذلك . وذكر القاضى فيه وجهين .

أحدهما : يجوز أيضاً . اختاره المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية : الأظهر لايشترط حلوله .

والوجه الثانى : لايجوز . وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما[1] فى الفروع ، والفائق وهى من مسائل المقاصة . والمصنف ـ رحمه الله ـ لم يذكرها هنا . وقد ذكر فى كتاب الصداق ما يدل عليها فى قوله « وإن زوج عبده حرة ، ثم باعها العبد بثمن فى الذمة تحول صداقها أو نصفه . إن كان قبل الدخول إلى ثمنه » فنذكرها فى آخر السلم والخلاف فيها كما ذكرها كثير من الأصحاب هناك .

---

(١) انتهى الخرم الذى فى مخطوطة المصنف عند قوله « وأطلقهما »

قوله فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ ﴿ وَإِنْ قَبَضَ البَعْضَ . ثُمَّ افْتَرَقَا : بَطَلَ فِي الْجَمِيعِ ، فى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

جزم به فى الوجيز فى الصرف ، وصححه فى التصحيح .

وفى الآخر : يبطل فيما لم يقبض . وهو المذهب . لأنهما مبنيان عند الأصحاب على تفريق الصفقة . وقد علمت فيما مضى المذهب فى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ تَصَارَفَا ثُمَّ افْتَرَقَا ، فَوَجَدَ أَحَدُهُما مَاقَبَضَهُ رَدِيئًا فَرَدَّهُ : بَطَلَ العَقْدُ فِي إِحْدَى الرِّوَايتَيْنِ ﴾ .

وفى الأخرى : إن قبض عوضه فى مجلس الرد لم يبطل .

اعلم أنه إذا تصارفا ووجدا ـ أو أحدهما ـ بما قبضه عيبا ، أو غصبا . فتارة يكون العقد قد وقع على عينين ، وتارة يكون فى الذمة .

فإن كان قد وقع على عينين ، فتارة يكون العيب من جنسه ، وتارة يكون من غير جنسه .

فإن كان من غير جنسه ، فتارة يكون قبل التفرق وتارة يكون بعده .

وإن كان من جنسه : فتارة أيضاً يكون قبل التفرق وتارة يكون بعده .

وإن كان العقد قد وقع فى الذمة فتارة يكون العيب من غير جنسه وتارة يكون من جنسه .

فإن كان من غير جنسه : فتارة يكون قبل التفرق ، وتارة يكون بعده .

وإن كان من جنسه فتارة أيضا يكون قبل التفرق ، وتارة يكون بعده ، كما قلنا فيما إذا وقع العقد على عينين .

فهذه ثمان مسائل . أربعة فيما إذا وقع العقد على عينين . وأربعة فيما إذا كان فى الذمة .

وهذه الثمانية تارة تكون المصارفة فيها من جنس واحد ، وتارة تكون من جنسين . فهذه ستةعشر مسألة .

فإن وقع العقد على عينين من جنسين « ولو بوزن متقدم يعلمانه » أو إخبار صاحبه ، وكان العيب من غير جنسه . فالصحيح من المذهب : بطلان العقد ، سواء كان قبل التفرق أو بعده . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال المصنف : كقوله : بعتك هذا البغل . فإذا هو حمار .

وعنه : يصح ويقع لازماً . قال فى الرعاية : وهو بعيد .

قال الزركشى : ولا معول عليها

وعنه له رده وأخذ البدل .

وقال فى القواعد : ويحتمل أن يصح بما فى الدينار من الذهب بقسطه من البيع ويبطل فى الباقى ، وللمشترى الخيار لتبعيض المبيع عليه .

قلت : وهو قوى فى النظر .

فعلى المذهب : ظاهره سواء كان العيب كثيراً أو يسيراً . وهو كذلك .

وظاهر كلام أبى الحسين التميمى فى خصاله : إن كان العيب يسيراً من غير جنسه لايبطل العقد . وإليه ميل ابن رجب . وما هو ببعيد .

وإن وقع على عينين من جنسين « والعيب من جنسه ــ وقلنا : النقود تتعين بالتعيين ــ فتارة يكون قبل التفرق ، وتارة يكون بعده .

فإن كان قبل التفرق فالصحيح من المذهب : صحة العقد . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والقواعد » وغيرهما . قال فى الفروع : هذا الأشهر .

وقال فى الواضح وغيره : يبطل . وهو ظاهر نقل جعفر وابن الحكم .

فعلى المذهب : له قبوله ، وأخذ أرش العيب من غير جنس الثمن ، وهذا الصحيح . وعليه أيضاً أكثر الأصحاب . وهو فى بعض نسخ الخرقى .

وقال فى القواعد ، والزركشى ، وظاهر ماأورده أبو الخطاب فى الهداية مذهباً .
وإحدى نسخ الخرقى : لا يجوز أخذ الأرش مطلقاً .

وإن كان بعد التفرق عن مجلس العقد ، فالصحيح من المذهب : أن حكمه حكم ما لو كان قبل التفرق . على ما تقدم ، وهو ظاهر ماجزم به فى الشرح .

قال فى الفروع : هذا الأشهر .

قال الزركشى : والصواب لا فرق بين المجلس و بعده . وقيده فى الوجيز بالمجلس . وهو اختيار المصنف .

قال الزركشى : وأظنه أنه اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وفى الواضح وغيره : يبطل . وهو ظاهر نقل جعفر وابن الحكم ، كما تقدم .

فعلى المذهب : له قبوله وأخذ أرش العيب ، ويكون من غير جنس الثمن . لأنه لا يعتبر قبضه ، كبيع بر بشعير ، فيجد أحدهما عيباً . فيأخذ أرشه درهما بعد التفرق . ولا يجوز أخذه من جنس الثمن كما تقدم .

والصحيح من المذهب : له رده ، سواء ظهر على العيب فى المجلس أو بعده . ولا بدل له . لأنه يأخذ ما لم يشتره ، إلا على رواية أن النقود لا تتعين بالتعيين . قدمه فى الفروع . وهو ظاهر ما جزم به فى المحرر .

ونقل الأكثر عن أحمد : أن له رده و بدله . ولم يفرق فى العيب .

وأما إذا وقع العقد فى الذمة على جنسين ، وكان العيب من جنسه . فتارة يجده قبل التفرق ، وتارة بعده .

فإن وجده قبل التفرق فالصرف صحيح . وله المطالبة بالبدل . وله الإمساك وأخذ الأرش فى الجنسين ، على الصحيح من المذهب . قاله الزركشى [1] .

وجزم فى الوجيز بأن له المطالبة بالبدل . وجزم به فى الشرح وغيره .

وإن وجده بعد التفرق ، فالصرف أيضاً صحيح . ثم هو مخير بين الرد

---

(١) من أول هنا بدأ بمخطوطة المصنف خرم .

والإمساك . فإن اختار الرد . فعنه يبطل العقد . اختاره أبو بكر . وعنه : لايبطل . وله البدل فى مجلس الرد . فإن تفرقا قبله بطل العقد . وهو اختيار الخرقى ، والخلال ، والقاضى ، وأصحابه ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر . وأطلقهما المصنف هنا ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه ، والزركشى ، وصاحب الفروع .

قال الزركشى : وحكى رواية ثالثة أن البيع قد لزم . قال : وهى بعيدة .

فعلى الأولى : إن وجد البعض رديئاً فرده : بطل فيه . وفى البقية : روايتا تفريق الصفقة . والمصنف أطلق هنا الوجهين .

وعلى الثانية : له بدل المردود فى مجلس الرد .

و إن اختار الإمساك : فله ذلك بلا ريب ، لـكن إن طلب معه الأرش . فله ذلك فى الجنسين على الروايتين .

قال الزركشى : هذا هو المحقق .

وقال أيضاً ، وقال أبو محمد ــ يعنى به المصنف ــ له الأرش على الرواية الثانية ، لا الأولى . انتهى .

و إن كان العيب من غير الجنس فيما إذا كانا جنسين . فإن كان قبل التفرق رده ، وأخذ بدله . والصرف صحيح . على الصحيح من المذهب . اختاره ابن عقيل ، والشيرازى ، والمصنف ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر كلام أبى الخطاب .

وقال صاحب المستوعب ، والشيخ تقى الدين : الصرف فاسد . وهو ظاهر كلام الخرقى .

فعلى المذهب : لو وجد العيب فى البعض ، فبعد التفرق يبطل فيه . وفى غير المعيب روايتا تفريق الصفقة ، وقبل التفرق ببدله . و إن وجده بعد التفرق فسخ العقد . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا هو المذهب المحقق . وعليه يحمل كلام الخرقى عندى . انتهى .

وجزم به فى الفائق ، والوجيز .

وأجرى المصنف فى الكافى ، وصاحب التلخيص فيه ـ قال فى الفروع : وجماعة ـ الروايتين اللتين فيما إذا كان العيب من الجنس .

إحداهما : بطلان العقد برده .

والثانية : لايبطل ، وبدله فى مجلس الرد يقوم مقامه .

فمجرد وجود العيب من غير الجنس عندهما بعد التفرق لايبطل ، قولا واحداً . عكس المذهب .

قال الزركشى : وليس بشىء .

تنبيه : هذه الأحكام التى ذكرت : فيما إذا كانت المصارفة فى جنسين . وحكم ما إذا كانت من جنس واحد حكم ماإذا كانت من جنسين إلا فى أخذ الأرش . فإنه لايجوز أخذه من جنسه ، قولا واحداً . كما تقدم .

وقيل : يجوز . قال فى الفروع : وهو سهو .

قال المصنف ، والشارح : ولا وجه له . ويأتى ذلك قريباً .

وأما مسألة السلم التى ذكرها المصنف هنا : فيأتى حكمها فى باب السلم فى أول الفصل السادس .

فوائد

إحداها : يجوز اقتضاء نقد من آخر . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية الأثرم ، وابن منصور ، وحنبل . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ويؤخذ ذلك من كلام المصنف فى قوله فى آخر الإجارة « وإذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير » .

وعنه : لايصح . فعلى المذهب : يشترط أن يحضر أحدهما ، والآخر فى الذمة مستقر بسعر يومه . نص عليه . ويكون صرفاً بعين وذمة .

وهل يشترط حلوله ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، وشرح ابن رزين . وقال : توقف أحمد .

أحدهما : لا يشترط . وهو الصحيح . صححه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعاية الكبرى ، وغيرهم .

والثانى : يشترط . قال فى الوجيز : حالا .

الثانية : لو كان له عند رجل ذهب ، فقبض منه دراهم مراراً . فإن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار : صح . نص عليه . وإن لم يفعل ذلك ، ثم تحاسبا بعد ، فصارفه بها وقت المحاسبة : لم يجز . نص عليه . لأنه بيع دين بدين . وهذا المذهب . وعليه الإصحاب .

وقال فى الفروع : وإن كان فى ذمتيهما فاصطرفا . فنصه : لايصح . وخالف شيخنا . انتهى .

الثالثة : متى صارفه وتقابضا : جاز له الشراء منه من جنس ما أخذ منه بلا مواطأة . على الصحيح من المذهب . وقدمه [فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه يكره فى المجلس . قدمه] فى الرعاية الكبرى . ومنعه ابن أبى موسى ، إلا أن يمضى ليصارف غيره . فلم يستقم .

ونقل الأثرم وغيره : ما يعجبنى ، إلا أن يمضى فلم يجد .

ونقل حرب وغيره : من غيره أعجب إلى

قوله ﴿ والدَّراهمُ والدَّنانيرُ تَتَعَيَّنُ بالتعيين فى العَقْدِ فى أظْهَرِ الروايتين ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . حتى أن القاضى فى تعليقه أنكر ثبوت الخلاف فى ذلك فى المذهب ، والأكثرون أثبتوه .

قال الزركشي : هذا المنصوص عن أحمد فى رواية الجماعة . والمعول عليه عند الأصحاب كافة . انتهى . وعنه لا تتعين بالتعيين .

تنبيهات

أحدها : قوله ﴿ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ فِي العَقْدِ ﴾ .

يعنى فى جميع عقود المعاوضات . صرح به صاحب التلخيص ، والقواعد ، والرعايتين ، وغيرهم . وهو واضح .

الثاني : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . ذكر المصنف هنا بعضها .

منها ـ على المذهب ـ لا يجوز إبدالها . وإن خرجت مغصوبة : بطل العقد . ويحكم بملكها للمشترى بمجرد التعيين . فيملك التصرف فيها ، وإن تلفت : فمن ضمانه . وإن وجدها معيبة من غير جنسها : بطل العقد .

وإن كان العيب من جنسها ـ وهو مراد المصنف هنا ـ : خير بين الفسخ والإمساك بلا أرش . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وإذا وقع العقد على مثلين ، كالذهب بالذهب ، والفضة بالفضة . وخرج القاضى وجهاً بجواز أخذ الأرش فى المجلس .

قال المصنف : ولا وجه له .

قال فى الفروع : وهو سهو .

وإن كان العقد وقع على غير مثله ، كالدراهم والدنانير . فله أخذ الأرش فى المجلس ، وإلا فلا . وجزم به فى المغنى وغيره .

قال ابن منجا : فيجب حمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان العقد مشتملا على الدراهم والدنانير من الطرفين . انتهى .

قال فى المحرر وغيره ، فى هذا التفريع : فإن أمسك فله الأرش ، إلا فى صرفها بجنسها [وظاهر كلام الشارح : أنه أجرى كلام المصنف فى الصرف وغيره] .

وقال المصنف هنا « ويتخرج أن يمسك ويطالب بالأرش » وهو لأبى الخطاب

قال الزركشى : أطلق التخريج . فدخل فى كلامه الجنس والجنسان ، وفى المجلس وبعده . انتهى .

وعلى الرواية الثانية : له إبدالها مع عيب وغصب ، ولا يملكها المشترى إلا بقبضها . وهى قبله ملك البائع ، وإن تلفت : فمن ضمانه .

ومنها : لو باعه سلعة بنقد معين ، وتشاحا فى التسليم . فعلى المذهب : يجعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما .

وعلى الثانية : هو كما لو باعه بنقد فى الذمة . يعنى أنه يجبر البائع على التسليم أولا . ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن ، على ماتقدم فى كلام المصنف فى الباب قبله ، فى آخر فصل اختلاف المتبايعين محررا .

ومنها : لو باعه سلعة بنقد معين حالة العقد ، وقبضه البائع ، ثم أحضره وبه عيب ، وادعى أنه الذى دفعه إليه المشترى ، وأنكر المشترى . ففيه طريقان .

وتقدم ذلك مستوفى فى الباب الذى قبله ، بعد قوله « وإن اختلفا فى العيب : هل كان عند البائع ، أو حدث عند المشترى ؟ » فليعاود .

قوله ﴿ وَيَحْرُمُ الرِّبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرْبِيِّ ، وَبَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِى دَارِ الْحَرْبِ ، كَمَا يَحْرُمَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ فِى دَارِ الْإِسْلَامِ ﴾ .

يحرم الربا بين المسلمين فى دار الحرب ، ودار الإسلام ، بلا نزاع . والصحيح من المذهب : أن الربا محرم بين الحربى والمسلم مطلقاً ، وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ونص عليه الإمام أحمد .

وقال فى المستوعب ، فى باب الجهاد ، والمحرر ، والمنور ، وتجريد العناية ، وإدراك الغاية : يجوز الربا بين المسلم والحربى الذى لا أمان بينهما . ونقله الميمونى وقدمه ابن عبدوس فى تذكرته . وهو ظاهر كلام الخرقى فى دار الحرب ، حيث قال : ومن دخل إلى أرض العدو بأمان لم يخنهم فى مالهم ، ولا يعاملهم بالربا .

وأطلقهما الزركشى ، ولم يقيد هذه الرواية فى التبصرة وغيرها بعدم الأمان .

وفى الموجز رواية : لا يحرم الربا فى دار الحرب . وأقرها الشيخ تقى الدين رحمه الله على ظاهرها .

قلت : يمكن أن يفرق بين الرواية التى فى التبصرة وغيرها ، و بين الرواية التى فى الموجز، وحملها على ظاهرها ، بأن الرواية التى فى التبصرة وغيرها : لم يقيدها بعدم الأمان . فيدخل فيها لو كانوا بدارنا أو دارهم بأمان ، أو غيره .

فرواية التبصرة أعم لشمولها دار الحرب ودار الإسلام ، بأمان أو غيره . ورواية الموجز أخص ، لقصورها على دار الحرب ، وحملها على ظاهرها : سواء كان بينهم أمان أولا . ولا يتوهم متوهم أن ظاهرها يشمل المسلم . فإن هذا بلانزاع فيه . ومعاذ الله أن يريد ذلك الإمام أحمد رضى الله عنه .

وقال فى الانتصار : مال كافر مصالح مباح بطيب نفسه . والحربى مباح أخذه على أى وجه كان[1] .

فائدة : لا ربا بين عبد أو مدبر أو أم ولد ونحوهم ، و بين سيدهم . هذا المذهب . وقطع به الأصحاب . ونص عليه .

والتزم المجد فى موضع جريان الربا بينه و بين سيده إذا قلنا بملكه . قاله فى القواعد الأصولية .

والصحيح من المذهب : تحريم الربا بين السيد ومكاتبه ، كالأجنبى . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه لاربا بينه و بين مكاتبه ، كعبده . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . ويستثنى من ذلك مال الكتابة . فإنه لا يجرى الربا فيه . قاله فى الوجيز ، والرعايتين . وغيرهم هناك .

فعلى المذهب : لو زاد الأجل والدين : جاز فى احتمال .

ويأتى ذلك فى أول الكتابة فى أول الفصل الثانى .

(١) بهامش الفوطغرافية : كذا بخط المؤلف . أعنى لعله يصح فى الموضعين.

باب بيع الأصول والثمار

قوله ﴿ وَمَنْ بَاعَ دَارًا : تَنَاوَلَ الْبَيْعُ أَرْضَهَا وَبِنَاءَهَا ﴾ .

بلا نزاع .

وشمل قوله « أرضها » المعدن الجامد . وهو صحيح . ولا يشمل المعادن الجارية . على الصحيح من المذهب .

وعنه يدخل فى المبيع . فيملكه المشترى .

ويأتى فى إحياء الموات « إذا ظهر فيما أحياه معدن جار : هل يملكه أولا ؟ »

ويدخل أيضاً : الشجر والنخل المغروس فى الدار ، قولاً واحداً . عند أكثر الأصحاب . وقيل : فيه احتمالان .

فائدة : مرافق الأملاك – كالطرق والأفنية ، ومسيل المياه ونحوها – هل هى مملوكة ، أو يثبت فيها حق الاختصاص ؟ فيه وجهان .

أحدهما : ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك . جزم به القاضى ، وابن عقيل فى إحياء الموات ، والغصب . ودل عليه نصوص الإمام أحمد . وطرد القاضى ذلك حتى فى حريم البئر . ورتب عليه : أنه لو باعه أرضا بفنائها لم يصح البيع ، لأن الفناء لا يختص به ، إذ استطراقه عام ، بخلاف مالو باعها بطريقها .

وذكر ابن عقيل احتمالا يصح البيع بالفناء . لأنه من الحقوق ، كمسيل المياه .

والوجه الثانى : الملك . صرح به الأصحاب فى الطرق . وجزم به فى الكل صاحب المغنى . وأخذه من نص أحمد والخرقى على ملك حريم البئر . ذكر ذلك فى القاعدة الخامسة والثمانين .

قوله ﴿ إلاَّ مَا كَانَ مِنْ مَصَالِحِهَا ، كَالْمِفْتَاحِ وَحَجَرِ الرَّحَا الفَوْقَانِى فعلى وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والهادى ،

والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لا يدخل . وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

والوجه الثانى : يدخل . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

وقيل : يدخل فى المبيع المفتاح . ولا يدخل الحجر الفوقانى . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

فائدتان

إحداهما : لو باع الدار وأطلق ، ولم يقل «بحقوقها» فهل يدخل فيه ماء البئر التى فى الدار ؟ على وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق . وأصلهما : هل يملك الماء أو لا ؟ قاله فى التلخيص .

والصحيح من المذهب : أنه لايدخل . قاله المصنف والشارح .

الثانية : لو كان فى الدار متاع ، وطالت مدة نقله ـ وقيده جماعة بفوق ثلاثة أيام . منهم : صاحب الرعاية الكبرى ـ فهو عيب .

والصحيح من المذهب : يثبت اليد عليها . وقيل : لا .

وكذا الحكم فى أرض بها زرع للبائع . فلو تركه له ولا ضرر فلا خيار له .

وفى الترغيب وغيره : لو قال : تركته لك ، فنى كونه تمليكا وجهان .

ولا أجرة لمدة نقله . على الصحيح من المذهب . وقيل : مع العلم . وقيل : له الأجرة مطلقاً . وأطلقهن فى الرعاية الكبرى .

وينقله بحسب العادة . فلا يلزم ليلا ، ولا جمع الحمالين .

ويلزمه تسوية الحفر . وإن لم ينص مشتر ببقائه . فنى إجباره وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

قلت : الأولى أن له إجباره .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ أَرْضًا بِحُقُوقِهَا ، دَخَلَ غِرَاسُهَا وَبِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : بِحُقُوقِهَا ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والفائق ، والحاويين ، وإدراك الغاية .

أحدهما : يدخل . وهوالمذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس والمنور ، ومنتخب الأزجى . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى المحرر ، والهادى ، والفروع ، والرعايتين .

والوجه الثانى : لا يدخل . وللبائع تبقيته .

فوائد

الأولى : حكم الأرض إذا رهنها حكمها إذا باعها ، خلافاً ومذهباً وتفصيلا ، على ماتقدم . وصرح به فى النظم ، والفروع .

وقال فى الترغيب ، والتلخيص : هل يتبعهما فى الرهن . كالبيع ، إذا قلنا يدخل أولا ؟ فيه وجهان لضعف الرهن عن البيع ، وكذا الوصية .

الثانية : لو باعه بستاناً بحقوقه دخل البناء ، والأرض والشجر والنخل ، والكرم وعريشه الذى يحمله . وإن لم يقل « بحقوقه » ففى دخول البناء — غير الحائط — الوجهان المتقدمان حكما ومذهباً . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية : وفيما فيه من بناء غير الحيطان وجهان ، وظاهره : أنه سواء قال « بحقوقه » أولا . وهى طريقة فى المذهب .

الثالثة : لو باعه شجرة فله بيعها فى أرض البائع ، كالثمر على الشجر .

قال أبو الخطاب وغيره : ويثبت له حق الاجتياز ، وله الدخول لمصالحها .

الرابعة : لو باع قرية ، لم تدخل مزارعها إلا بذكرها .

وقال المصنف وغيره : أو قرينة . قاله فى الفروع . وهو أولى .

قلت : وهو الصواب .

الخامسة : لو كان فى القرية شجر بين بنيانها ، ولم يقل «بحقوقها» ففيه الخلاف المتقدم نقلا ومذهباً . وجزم فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير هنا بدخوله .

السادسة : لو باع شجرة . فهل يدخل منبتها فى البيع ؟ على وجهين . ذكرهما القاضى . وحكى عن ابن شاقلا : أنه لا يدخل ، وأن ظاهر كلام الإمام أحمد الدخول ، حيث قال ـ فيمن أقر بشجرة لرجل ـ هى له بأصلها .

وعلى هذا لو انقلعت . فله إعادة غيرها مكانها .

ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا . كالزرع إذا حصد ، فلا يكون له فى الأرض سوى حق الانتفاع . ذكره فى القاعدة الخامسة والثمانين .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ يُجَزّ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرى ، كَالرَّطْبَةِ وَالبُقُولِ ﴾ .

أو تكون ثمرته كالقثاء والباذنجان [فالأصول للمشترى . والجزة الظاهرة واللقطة الظاهرة من القثاء ، والباذنجان] للبائع .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، والفائق . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

قال فى الرعاية الكبرى : فأصله للمشترى فى الأصح .

واختار ابن عقيل : إن كان البائع قال « بعتك هذه الأرض بحقوقها » دخل فيها ذلك . و إلا فوجهان . وهو ظاهر كلامه فى الفروع .

قال فى القاعدة الثمانين : هل هذه الأشياء كالشجر ، أو كالزرع ؟ فيه وجهان إن قلنا : كالشجر ؛ انبنى على أن الشجر : هل يدخل فى بيع الأرض مع الإطلاق أم لا ؟ وفيه وجهان . و إن قلنا : هى كالزرع ، لم يدخل فى البيع وجهاً واحداً .

وقيل : حكمها حكم الشجر فى تبعية الأرض . وهى طريقة ابن عقيل والمجد .

وقيل : يتبع ، وجهاً واحداً . بخلاف الشجر . وهى طريقة أبى الخطاب ، وصاحب المغنى .

فائدة : وكذا الحكم لو كان مما يؤخذ زهره ويبقى فى الأرض ، كالبنفسج والنرجس ، والورد ، والياسمين ، والنيلوفر ، ونحوه . فإن تفتح زهره فهو للبائع ، ومالم يتفتح فهو للمشترى . على الصحيح . ويأتى على قول ابن عقيل التفصيل .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ لاَ يُحْصَدُ إِلاَّ مَرَّةً ، كَالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ : فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، مُبَقًّي إِلَى الْحَصَادِ ﴾ .

وكذلك القطنيات ونحوها . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . قال فى المغنى : لا أعلم فيه خلافاً .

وقال فى المبهج : إن كان الزرع بدا صلاحه : لم يتبع الأرض . وإن لم يبد صلاحه . فعلى وجهين .

فإن قلنا : لا يتبع أخذ البائع بقطعه إلا أن يستأجر الأرض .

قال فى القواعد : وهو غريب جداً . مخالف لما عليه الأصحاب . انتهى .

كذا ما المقصود منه مستتر ، كالجزر والفجل والقت والثوم والبصل ، وأشباه ذلك ، وكذا القصب الفارسى . إلا أن العروق للمشترى .

فأما قصب السكر : فالصحيح من المذهب : أنه كالزرع . جزم به فى الرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقيل : هو كالقصب الفارسى . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله الجوز .

تنبيه : قوله « مبقى إلى الحصاد » يعنى بلا أجرة . ويأخذه أول وقت أخذه زاد المصنف ــ وتبعه الشارح ــ ولو كان بقاؤه خيراً له .

وقيل : يأخذه فى عادة أخذه إن لم يشترطه المشترى .

فوائد

الأولى : لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع ، أو شجراً فيه ثمر للبائع ، وظن دخوله فى البيع ، أو ادعى الجهل به ، ومثله يجهله : فله الفسخ .

الثانية : لو كان فى الأرض بذر . فإن كان أصله يبقى فى الأرض ، كالنوى و بذر الرطبة ونحوهما . فحكمه حكم الشجر ، على ما تقدم .

و إن كان لا يبقى أصله ، كالزرع ونحوه . فحكمه حكم الزرع البادى . هذا المذهب . اختاره القاضى . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعند ابن عقيل لايدخل فيهما جميعاً . لأنه عين مودعة فى الأرض ، فكانت فى حكم الحجر والخشب المدفونين . وأطلقهما فى التلخيص .

قال فى الفروع ، والفائق : والبذر إن بقى أصله فكشجر . و إلا كزرع عند القاضى . وعند ابن عقيل لايدخل .

وأطلق فى عيون المسائل أن البذر لايدخل . لأنه مودع .

وقال فى المبهج : فى بذر وزرع لم يبد صلاحه ، قيل : يتبع الأرض . وقيل : لا . و يؤخذ البائع بأخذه إن لم يستأجر الأرض .

الثالثة : لو باع الأرض بما فيها من البذر . ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يصح . اختاره القاضى فى المجرد .

قلت : وهو الصواب . لأنه دخل تبعاً .

والثانى : لا يصح مطلقاً .

والثالث : إن ذكر قدره ووصفه : صح . و إلا فلا . وهو احتمال لابن عقيل . وأطلقهن فى الفروع .

قوله ﴿ وَمَنْ بَاعَ نخلاً مُؤَبَّرًا وَهُوَ مَا تَشَقَّقَ طَلْعُهُ ﴾ .

التأبير : هو التلقيح . وهو وضع الذكر فى الأنثى . والمصنف ـ رحمه الله ـ فسره بالتشقق . لأن الحكم عنده منوط به وإن لم يلقح . لصيرورته فى حكم عين أخرى . وعلى هذا إنما نيط الحكم بالتأبير فى الحديث لملازمته للتشقق غالباً .

إذا علمت هذا ، فالذى قاله المصنف : هو المذهب . وعليه الأصحاب .

وجزم به الخرقى ، وصاحب المحرر ، والوجيز ، وغيره . وقدمه فى الشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم .

وبالغ المصنف . فقال : لا خلاف فيه بين العلماء .

وعنه : رواية ثانية : الحكم منوط بالتأبير ـ وهو التلقيح ـ لا بالتشقق . ذكرها ابن أبى موسى وغيره .

فعليهـا : لو تشقق ولم يؤبر : يكون للمشترى . ونصر هذه الرواية الشيخ تقى الدين رحمه الله . واختارها فى الفائق . وقال : قلت : وعلى قياسه كل مفتقر إلى صنع كثير لا يكون ظهوره الفصل ، بل إيقاع الفعل فيه . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية الكبرى .

فتلخص : أن ما لم يكن تشقق طلعه : فغير مؤبّر . وما تشقق ولقح : فمؤبّر ، وما تشقق ولم يلقح : فمحل الروايتين .

فائدة « طلع الفُحّال » يراد للتلقيح ، كطلع الإناث . على الصحيح من المذهب وعليه الأصحاب .

وذكر ابن عقيل ، وأبو الخطاب احتمالا : أنه للبائع بكل حال .

قوله ﴿ فَالثَّمْرُ لِلْبَائِعِ ، مَتْرُوكًا فِى رُؤُوسِ النَّخْلِ إِلَى الجِذَاذِ ﴾ .

وهذا إذا لم يشترط عليه قطعه .

فائدة : حكم سائر العقود فى ذلك كالبيع فى أن ما لم يؤبر : يلحق بأصله ، وما

أبر : لايلحق . وذلك مثل الصلح ، والصداق ، وعوض الخلع ، والأجرة ، والهبة ، والرهن ، والشفعة ، إلا أن فى الأخذ بالشفعة وجهاً آخر : أنه يتبع فيه المؤبر ، إذا كان فى حالة البيع غير مؤبر . وأما الفسوخ : ففيها ثلاثة أوجه .

أحدها : يتبع الطلع مطلقا ، بناء على أنه زيادة متصلة ، أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله .

والثانى : لايتبع بحال ، بناء على أنه زيادة منفصلة و إن لم يؤبر .

والثالث : أنه كالعقود المتقدمة .

هذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع فى الفسوخ .

أما على القول بأنه يتبع : فيتبع الطلع مطلقا . وأطلقهن فى القواعد . وصرح فى الكافى بالثالث . وصرح فى المغنى بالثانى . وقاله ابن عقيل فى الإفلاس ، والرجوع فى الهبة .

وأما الوصية والوقف ، فالمنصوص : أنه تدخل فيهما الثمرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت ، سواء أبرت أو لم تؤبر .

تنبيه : محل قوله « متروكا فى رءوس النخل إلى الجذاذ » إذا لم تجر العادة بأخذه بُسراً ، أو يكون بسره خيراً من رطبه . فإن كان كذلك : فإنه يجذه حين استحكام حلاوة بسره . قاله الزركشى وغيره .

وظاهر كلام المصنف وغيره : أنها تبقى إلى وقت الجذاذ . ولو أصابتها آفة ، بحيث إنه لا يبقى فى بقائها فائدة ولا زيادة .

وهذا أحد الاحتمالين ، والآخر : يقطع فى الحال .

قلت : وهو الصواب .

وظاهر كلامه وكلام غيره : أنهـا لا تقطع قبل الجذاذ ، ولو تضرر الأصل بذلك ضرراً كبيراً . وهو أحد الوجهين .

والوجه الثانى : يجبر على قطعها ، والحالة هذه . وأطلقهما الزركشى .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الشَّجَرُ إذَا كَانَ فِيهِ ثَمَرٌ بَادٍ ، كَالْعِنَبِ وَالتِّينِ وَالرُّمَّانِ وَالْجَوْزِ ﴾ .

يعنى : يكون للبائع متروكا فى شجره إلى استوائه ، مالم يظهر للمشترى .

واعلم أنه إذا كان ما يحمل الشجر يظهر بارزاً لا قشر عليه ـ كالعنب والتين والتوت والجميز والليمون والأترج ـ ونحوه . أو كان عليه قشر يبقى فيه إلى أكله ، كالرمان والموز ونحوهما . أو له قشران ، كالجوز واللوز ونحوهما . فالصحيح من المذهب فى ذلك كله : أنه يكون للبائع بمجرد ظهوره . وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وقال القاضى : ماله قشران لا يكون للبائع ، إلا بتشقق قشره الأعلى . وصححه فى التلخيص . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين . وجزم به فى عيون المسائل فى الجوز ، واللوز . وقال : لايلزم الموز ، والرمان ، والحنطة فى سنبلها . والباقلاء فى قشره لايتبع الأصل . لأنه لا غاية لظهوره . وردَّ ماقاله القاضى ومن تابعه ، المصنف ، والشارح . وأطلقهما فى الفائق .

وقال فى المبهج : الاعتبار بانعقاد لبّه . فإن لم ينعقد : تبع أصله ، و إلا فلا .

قوله ﴿ وَمَا ظَهَرَ مِنْ نَوْرِهِ ـ كَالْمِشْمِشِ ، وَالتُّفَّاحِ ، وَالسَّفَرْجَلِ ـ لِلْبَائِعِ وَمَا لَمْ يَظْهَرْ لِلْمُشْتَرِى ﴾ .

أناط المصنف ـ رحمه الله ـ الحكم بالظهور من النور . فظاهره : سواء تناثر أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر كلام الخرقى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، واختاره .

قال فى القواعد الفقهية : وهو أصح .

وقيل : إن تناثر نوره : فهو للبائع . و إلا فلا . وجزم به القاضى فى خلافه .

لأن ظهور ثمره يتوقف على تناثر نوره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى الحاوى الكبير ، والفائق .

وقيل : يكون للبائع بمجرد ظهور النور . ذكره القاضى احتمالا ، جعلاً للنور كما فى الطلع .

فائدة : قوله ﴿ وَمَا خَرَجَ مِنْ أَكْمَامِهِ كَالْوَرْدِ ، وَالْقُطْنِ : لِلْبَائِعِ ﴾ .

بلا نزاع . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وكذا الياسمين ، والبنفسج ، والنرجس ، ونحوه .

وقال الأصحاب : القطن كالطلع ، وألحقوا به هذه الزهور .

قال فى القواعد الفقهية : وفيه نظر . فإن هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها ، كقشر الرمان . فظهوره ظهور الثمرة . بخلاف الطلع . فإنه وعاء للثمرة وكلام الخرقى يدل عليه ، حيث قال : وكذلك بيع الشجر إذا كان فيه ثمر بادٍ ، وبدو الورد ونحوه : ظهوره من شجره ، وإنما كان منظما . انتهى .

قوله ﴿ وَالْوَرَقُ لِلْمُشْتَرِي بِكُلِّ حَالٍ ﴾ .

هذا المذهب مطلقا . وعليه الأصحاب .

ويحتمل فى ورق التوت المقصود أخذه إن تفتح : فهو للبائع ، وإن كان حباً : فهو للمشترى ، وهو وجه . وأطلقهما فى التلخيص ، والحاوى الكبير .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ بَعْضُ الثَّمَرَةِ : فَهُوَ لِلْبَائِعِ . وَمَا لَمْ يَظْهَرْ : فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ﴾ .

وكذلك ما أبر بعضه . هذا المذهب وإن كان نوعاً واحداً . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والفائق وابن منجا ــ وقال : هذا المذهب ــ وغيرهم .

قال فى الحاوى الكبير وغيره : المنقول عن أحمد فى النخل : أن ما أبر للبائع

ومالم يؤبر للمشترى . وكذلك يخرج فى الورد ونحوه . وكذا قال فى الحاوى الصغير والرعايتين ، والوجيز ، والهادى ، وغيرهم .

وقال ابن حامد : الكل للبائع . وهو رواية فى الانتصار . واختاره غير ابن حامد ، كشجرة .

وقال فى الواضح ـ فيما لم يبد من شجره ـ : للمشترى . وذكره أبو الخطاب ظاهر كلام أبى بكر .

ولو أبر بعضه فباع مالم يؤبر وحده . فهو للمشترى . وقدمه فى الرعاية الكبرى [والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين] .

وقيل : للبائع . وأطلقهما فى الفروع .

فائدة : يقبل قول البائع فى بدو الثمرة . بلا نزاع .

وقال فى الفروع ، ويتوجه وجه من واهب ادعى شرط ثواب .

وأما إن كان جنسا : فلم يفرق أبو الخطاب بينه و بين النوع . وهو وجه . وقدمه فى التبصرة .

والصحيح من المذهب : الفرق بين الجنس والنوع . قدمه فى الفروع . ورد المصنف ، والشارح الأول . وقالا : الأشبه الفرق بين النوع والنوعين . فما أبر من نوع ، أو ظهر بعض ثمره : لايتبعه النوع الآخر .

قال الزركشى : هذا أشهر القولين .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى قوله ﴿ وَإِنْ احْتَاجَ الزَّرْعُ أَوِ الثَّمَرَةُ إِلَى سَقْيٍ لَمْ يَلْزَمِ الْمُشْتَرِى . وَلَمْ يَمْلِكْ مَنْعَ الْبَائِعِ مِنْهُ ﴾ .

أنه لايسقيه إلا عند الحاجة ، وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر كلام الشارح ، والزركشى . وغيرهما .

والوجه الثانى : له سقيه ، للمصلحة ، سواء كان ثمّ حاجة أولا ، ولو تضرر الأصل ، وهو المذهب . قدمه فى الفروع .

وكذا الحكم لو احتاجت الأرض إلى سقى .

فائدة : حيث حكمنا أن الثمر للبائع ، فإنه يأخذه أول وقت أخذه بحسب العادة على الصحيح من المذهب زاد المصنف . ولو كان بقاؤه خيراً له .

وقيل : يؤخره إلى وقت أخذه فى العادة إن لم يشترطه المشترى .

وقيل : يلزمه قطع الثمرة لتضرر الأصل . زاد المصنف والشارح : تضرراً كثيراً ، وأطلقاهما . وتقدم معناه عند قوله « يبقى إلى الحصاد » .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا . وَلاَ الزَّرْعِ قَبْلَ اشْتِدَادِ حَبِّهِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة إلا بشرط القطع فى الحال . نص عليه . لكن يشترط أن يكون منتفعاً به فى الحال . قاله فى الرعاية ، والشيخ تقى الدين فى تعليقه على المحرر .

قلت : وهو مراد غيرهما .

وقد دخل فى كلام الأصحاب فى شروط البيع ، حيث اشترطوا : أن يكون فيه منفعة مباحة .

فوائد

الأولى : يستثنى من عموم كلام المصنف من عدم الجواز: لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بأصلها . فإنه يصح . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وحكاه المصنف ، والشارح ، والزركشى : إجماعاً . لأنه دخل تبعاً .

وقيل : لايجوز . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وجماعة . وأطلقهما فى المحرر

و يستثنى أيضاً : لو باع الأرض بما فيها من زرع قبل اشتداد حبه . فإنه يصح جزم به فى المحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والحاوى الكبير ، والمغنى ، والشرح . وصححه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايصح . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

الثانية : يجوز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الشجر . جزم به في الرعاية الصغرى . واختاره في الحاوي الكبير . وصححه في المستوعب ، والتلخيص ، والحاوي الصغير ، والرعاية الكبرى .

وفيه وجه آخر : لايصح . وهو ظاهر كلام المصنف ، والخرقي . وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والمحرر والفروع والفائق ، والزركشي .

فعلى الوجه الثاني : لو شرط القطع : صح . قال المصنف : ولا يلزم الوفاء بالشرط . لأن الأصل له .

قال الزركشي ، ومقتضى هذا : أن اشتراط القطع حق للآدمي . وفيه نظر ، بل هو حق لله تعالى .

ويجوز بيع الزرع قبل اشتداده لمالك الأرض . جزم به في تذكرة ابن عبدوس ، والحاوي الكبير . واختاره أبو الخطاب . وصححه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

وفيه وجه آخر : لايصح . وقدمه في الرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام المصنف . وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والزركشي .

الثالثة : لو باع بعض مالم يبد صلاحه مشاعاً : لم يصح ، ولو شرط القطع . قاله الأصحاب .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَالْحَصَادُ وَاللِّقَاطُ عَلَى الْمُشْتَرِي ﴾ .

بلا نزاع . وكذا الجذاذ . لكن لو شرطه على البائع : صح . على الصحيح من المذهب ، نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . منهم أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضي ، وأصحابه ، وغيرهم . وجزم به في الشرح وغيره . وقدمه في الفروع وغيره .

وقال الخرقي : لايصح . وجزم به في الحاوي الكبير في هذا الباب . وهو الذي أورده ابن أبي موسى مذهباً . وقدمه في القاعدة الثالثة والسبعين .

قال القاضى : لم أجد بقول الخرقى رواية .

قال فى الروضة : ليس له وجه .

قال فى القاعدة المتقدمة : وقد استشكل مسألة الخرقى أكثر المتأخرين .

وتقدم ذلك مستوفى فى باب الشروط فى البيع . فليراجع .

قوله ﴿ فَإِنْ بَاعَهُ مُطْلَقًا : لَمْ يَصِح ﴾ .

يعنى : إذا باعه ولم يشترط القطع ولا التبقية وإنما أطلق : لم يصح . وهذا المذهب مطلقا . وعليه جماهير الأصحاب . جزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، وأكثر الأصحاب .

قال الزركشى : جزم به الشيخان ، والأكثرون .

وعنه يصح إن قصد القطع . ويلزم به فى الحال . نص عليه فى رواية عبد الله .

وقدم فى الروضة : أن إطلاقه كشرط القطع .

وحكى الشيرازى رواية بالصحة من غير قصد القطع .

وما حكاه فى المستوعب والحاوى الكبير عن ابن عقيل فى التذكرة ـ أنه ذكر فى هذه المسألة أربع روايات ـ : ليس بسديد . إنما حكى ذلك على مااقتضاه لفظه فيما إذا شرط القطع ثم تركه .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الرَّطْبَةِ وَالْبُقُولِ إلاَّ بِشَرْطِ جَزِّهِ ﴾ .

حكم بيع الرطبة والبقول : حكم الثمر والزرع . فلا يباع قبل بدوّ صلاحه إلا مع أصله أو لربه ، أو مع أرضه . كما تقدم . خلافا ومذهبا ، ولا يباع مفردا بعد بدوّ صلاحه إلا جزة جزة بشرطه .

قوله ﴿ وَلاَ القِثَّاءِ وَنَحْوُهُ إلاّ لَقْطَةً لَقْطَةً ، إلاَّ أَنْ يَبِيعَ أَصْلَه ﴾ .

إنْ بَاعَهُ بِأصله صح ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى التلخيص : ويحتمل عندى عدم جواز بيع البطيخ ونحوه مع أصله ، إلا أن يبيعه مع أرضه .

قال فى القاعدة الثمانين : ورجح صاحب التلخيص : أن المقاثى ونحوها لايجوز بيعها إلا بشرط القطع . وهو مقتضى كلام الخرقى ، وابن أبى موسى . انتهى .

وإن باعه فى غير أصله . فإن لم يبد صلاحه [لم يصح] إلا بشرط قطعه فى الحال إن كان ينتفع به ، وإن بدا صلاحه : لم يجز بيعه إلا لقطة لقطة .

قال فى الفروع : ولايباع قثاء ونحوه إلا لقطة لقطة . نص عليه ، إلا مع أصله ذكره فى كتاب البيع فى الشرط الخامس .

وقال هنا : وما له أصل يتكرر حمله . كقثاء وكالشجر وثمره : كثمرة فيما تقدم . ذكره جماعة ، لكن لا يأخذ البائع اللقطة الظاهرة . ذكره فى الترغيب وغيره ، وإن تعيب فالفسخ أو الارش .

وقيل : لا يباع إلا لقطة لقطة ، كثمر لم يبد صلاحه . ذكره شيخنا . انتهى .

وقيل : لا يباع بطيخ قبل نضجه ، ولا قثاء وخيار قبل أوان أخذه عرفا إلا بشرط قطعه فى الحال .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز بيع اللقطة الموجودة والمعدومة إلى أن تيبس المقثاة .

وقال أيضاً : يجوز بيع المقاثى دون أصولها . وقال : قاله كثير من الأصحاب لقصد الظاهر غالباً .

فائدة : القطن إن كان له أصل يبقى فى الأرض أعواما ، كقطن الحجاز : فحكمه حكم الشجر فى جواز إفراده بالبيع . وإذا بيعت الأرض بحقوقها دخل فى البيع . وثمره كالطلع . إن تفتح فهو للبائع ، وإلا فهو للمشترى ، وإن كان يتكرر زرعه كل عام فحكمه حكم الزرع .

ومتى كان جوزه ضعيفا رطبا لم يقو ما فيه : لم يصح بيعه إلا بشرط القطع . كالزرع الأخضر ، وإن قوى حبه واشتد جاز بيعه بشرط التبقية . كالزرع إذا اشتد حبه .

وإذا بيعت الأرض لم يدخل فى البيع إلا بشرطه.

والباذنجان الذى تبقى أصوله وتتكرر ثمرته كالشجر. وما يتكرر زرعه كل عام كالزرع.

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ القَطْعَ . ثُمَّ تَرَكَهُ حَتَّى بَدَا صَلَاحُ الثَّمَرَةِ ، وَطَالَتِ الْجِزَّةُ ، وَحَدَثَتْ ثَمَرَةٌ أُخْرَى . فَلَمْ تَتَمَيَّزْ ، أَو اشترى ثمرته ليأكلها رُطَباً فَأَثْمَرَتْ : بَطَلَ البَيْعُ ﴾ .

شمل كلامه قسمين .

أحدهما : إذا حدثت ثمرة أخرى قبل القطع ، ولم تتميز من المبيع .

الثانى : ما عدا ذلك .

فإن كان ما عدا حدوث ثمرة أخرى . فالصحيح من المذهب : بطلان البيع كما قال المصنف : وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه .

قال فى الفروع : فسد العقد فى ظاهر المذهب .

قال فى القواعد الفقهية : هذه أشهر الروايات .

قال القاضى : هذه أصح .

قال الزركشى : هذا المذهب المنصوص ، والمختار للأصحاب . وصححه فى التصحيح ، والخلاصة . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى وغيرهم . واختاره الخرقي وأبو بكر ، وابن أبى موسى ، والقاضى وأصحابه ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى ، والهادى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وقال : اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وهو من مفردات المذهب .

فعليها : الأصل والزيادة للبائع . قطع به أكثر الأصحاب . واختاره ابن أبى موسى ، والقاضى ، وغيرهما . ونقلها أبو طالب وغيره عن الإمام أحمد رحمه الله وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : الزيادة للبائع والمشتري . فتقوم الثمرة وقت العقد و بعد الزيادة .

وهذه الرواية ذكرها فى الكافى ، والفروع وغيرهما .

وحكى ابن الزاغونى ، والمصنف وغيرهما رواية : أن البائع يتصدق بالزيادة على القول بالبطلان .

قال فى التلخيص : وعنه يبطل البيع . و يتصدق بالزيادة استحبابا . لاختلاف الفقهاء . انتهى .

وحكى القاضى رواية : يتصدقان بها .

قال المجد : وهو سهو من القاضى ، و إنما ذلك على الصحة . فأما مع الفساد : فلا وجه لهذا القول . انتهى .

وعنه : رواية ثانية فى أصل المسألة : لايبطل البيع ، و يشتركان فى الزيادة .

قال فى الحاويين : وهو الأقوى عندى . واختاره أبو جعفر البرمكى .

وقال القاضى : الزيادة للمشترى . وجزم به فى كتابه الروايتين .

قال فى الحاوى : كما لو أخره لمرض .

ورده فى القواعد . وقال : هو مخالف نصوص أحمد ، ثم قال : لو قال مع ذلك بوجوب الأجرة للبائع إلى حين القطع لـكان أقرب .

قال المجد : يحتمل عندى أن يقال : إن زيادة الثمرة فى صفتها للمشترى ، وما طال من الجزة للبائع . انتهى . وعنه يتصدقان بها .

قال فى الفروع : وعنه يتصدقان بهـا على الروايتين وجوبا . وقيل : ندباً . وكذلك قال فى الرعاية .

فاختار القاضى : أنه على سبيل الاستحباب ، و إليه ميل المصنف ، والشارح . وتقدم كلامه فى التلخيص .

وقال ابن الزاغونى : على القول بالصحة ، لاتدخل الزيادة فى ملك واحد منهما ، و يتصدق بها المشترى .

وعنه : الزيادة كلها للبائع . نقلها القاضى فى خلافه فى مسألة زرع الغاصب .

ونص أحمد فى رواية ابن منصور ـ فيمن اشترى قصيلا وتركه حتى سنبل ـ يكون للمشترى منه بقدر ما اشترى يوم اشترى . فإن كان فيه فضل ؛ كان للبائع صاحب الأرض .

وعنه يبطل البيع إن أخره بلا عذر . وعنه : يبطل بقصد حيلة . ذكرها جماعة . منهم ابن عقيل فى التذكرة ، والفخر فى التلخيص .

قال بعض الأصحاب : متى تعمد الحيلة فسد البيع من أصله ولم ينعقد بغير خلاف .

ووجه فى الفروع فيما إذا باعه عرية فأثمرت : إن ساوى التمر المشترى به : صح وقال فى الفائق : والمختار ثبوت الخيار للبائع ليفسخ . وعنه إذا ترك الرطبة حتى طالت : لم يبطل المبيع . ذكره الزركشى .

تنبيه : صرح المصنف : أن حكم العرية إذا تركها حتى أثمرت حكم الثمرة إذا تركها حتى بدا صلاحها . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى .

وقطع بعض الأصحاب بالبطلان فى العرايا . وحكى الخلاف فى غيرها . منهم الحلوانى وابنه . وفرقوا بينهما .

فائدتان

الأولى : للقول بالبطلان مأخذان .

أحدهما : أن تأخيره محرم لحق الله فالبيع باطل كتأخير القبض فى الربويات، ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة و بيعها قبل بدوّ صلاحها . وهو محرم . ووسائل المحرم ممنوعة .

المأخذ الثانى : أن مال المشترى اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لايتميز منه . فبطل به البيع ، كما لو تلف .

فعلى الأول : لا يبطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الصلاح واشتداد الحب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ، والخرقى . ويكون تأخيره إلى ماقبل ذلك جائزاً .

ولو كان المشترى رطبة أو ما أشبهها من النعناع والهندبا ، أو صوفا على ظهر فتركها حتى طالت : لم ينفسخ البيع . لأنه لانهى فى بيع هذه الأشياء . وهذه هى طريقة القاضى فى المجرد .

وعلى الثانى : يبطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين ، إلا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة . كاليوم واليومين . ولافرق بين الثمر ، والزرع وغيرهما من الرطبة والبقول والصوف . وهى طريقة أبى بكر ، والقاضى فى خلافه ، والمصنف وغيرهم . ومتى تلف بجائحة بعد التمكن من قطعه فهو من ضمان المشترى . وهو مصرح به فى المجرد ، والمغنى وغيرهما .

وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بغير إشكال . وأما على الأول : فيحتمل أن تكون على المشترى . لأن ملكه إنما ينفسخ بعد بدوّ الصلاح . ويحتمل أن يكون على البائع . ولم يذكر الأصحاب خلافه . لأن الفسخ ببدوّ الصلاح استند إلى سبب سابق عليه . وهو تأخير القطع . قال ذلك فى القواعد . وقال : وقد يقال ببدو الصلاح يتبين انفساخ العقد من حين التأخير . انتهى .

الثانية : تقدم : هل تكون الزكاة على البائع أو على المشترى ؟ إذا قلنا : بالبطلان . وحيث قلنا بالصحة . فإن اتفقا على التبقية جاز . وزكاه المشترى ، وإن قلنا : الزيادة لهما فعليهما الزكاة إن بلغ نصيب كل واحد منهما نصابا ، وإلا انبنى على الخلطة فى غير الماشية على ماتقدم .

تنبيه : وأما إذا حدثت ثمرة ولم تتميز . فقطع المصنف هنا : أن حكمها حكم المسائل الأولى ، وهو رواية عن أحمد . ذكرها أبو الخطاب . وجزم به فى الوجيز ، والرعايتين ، والحاويين ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والهادى ، وغيرهم . وهو احتمال فى الكافى .

والصحيح من المذهب : أن حكمه حكم المبيع الذى اختلط بغيره . فهما شريكان فيهما ، كل واحد بقدر ثمرته . فإن لم يعلما قدرها اصطلحا . ولا يبطل العقد فى ظاهر المذهب . قاله المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الفروع [والفائق] وغيرهم .

قال الزركشى : وهو الصواب . وقدمه فى الكافى وغيره . واختاره ابن عقيل وغيره .

قال القاضى : إن كانت الثمرة للبائع فحدثت أخرى ، قيل لكل منهما : اسمح بنصيبك . فإن فعل أجبر الآخر على القبول ، وإلا فسخ العقد . وإن اشترى ثمرة فحدثت أخرى : وقيل للبائع ذلك لاغير . انتهى .

فائدة : لو اشترى خشبا بشرط القطع . فأخر قطعه فزاد ، فالبيع لازم ، والزيادة للبائع . قدمه فى الفائق . فقال لو اشترى خشبا ليقطعه فتركه ، فنما وغلظ . فالزيادة لصاحب الأرض . نص عليه . واختاره البرمكى . انتهى .

قال فى الفروع : ونقل ابن منصور الزيادة لهما ، واختاره البرمكى . وقاله فى القواعد أيضاً .

فاختلف النقل عن البرمكى فى الزيادة .

وقيل : البيع لازم ، والكل للمشترى . وعليه الأجرة . اختاره ابن بطة .

وقيل : ينفسخ العقد ، والكل للبائع .

قال الجوزى : ينفسخ العقد . قال فى الفائق ــ بعد قول الجوزى ــ قلت : ويتخرج الاشتراك . فوافق المنصوص .

وقال فى الفروع : وإن أخر قطع خشب مع شرطه فزاد . فقيل : الزيادة للبائع . وقيل : للكل . وقيل : للمشترى ، وعليه الأجرة .

ونقل ابن منصور : الزيادة لهما . اختاره البرمكى . انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا بَدَا الصَّلَاحُ فِي الثَّمَرَةِ وَاشْتَدَّ الْحَبُّ : جَازَ بَيْعُهُ مُطْلَقًا وَيَشْتَرِطُ التَّبْقِيَةَ ﴾ .

وكذا قال كثير من الأصحاب .

وقال فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم : وإذا طاب أكل الثمر . وظهر نضجه جاز بيعه .

وفى الترغيب : بظهور مبادىء الحلاوة .

فائدة : يجوز لمشتريه أن يبيعه قبل جده ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . لأنه وجد من القبض ما يمكن . فكفى ، للحاجة المبيحة لبيع الثمر قبل بدو صلاحه .

وعنه لا يجوز بيعه حتى يجده . اختاره أبو بكر . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ بِجَائِحَةٍ مِنَ السَّمَاءِ : رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وسواء أتلفت قدر الثلث أو أكثر أو أقل ، إلا أنه يتسامح فى الشىء اليسير الذى لا ينضبط . نص عليه .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذا اختيار جمهور الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

وعنه إن أتلفت الثلث فصاعداً ، ضمنه البائع . وإلا فلا . اختاره الخلال وجزم به فى الروضة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والحاوى الكبير ، وغيرهم .

وعنه : لا جائحة فى غير النخل . نص عليه فى رواية حنبل . ذكره فى الفائق .

واختار الزركشي في شرحه إسقاط الجوائح مجاناً . وحمل أحاديثها على أنهم كانوا يبيعونها قبل بدو صلاحها .

تنبيهات

أحدها : قيد ابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وجماعة ، الروايتين بما بعد التخلية . وظاهره : أن قبل التخلية يكون من ضمان البائع ، قولاً واحداً . قاله الزركشي .

وجزم في الفروع : أن محل الجائحة بعد قبض المشتري وتسليمه . وهو موافق الأول . وقطع به في الرعايتين ، والحاويين . والظاهر : أنه مراد من أطلق . لأنه قبل التخلية ماحصل قبض .

الثاني : أفادنا المصنف بقوله « رجع على البائع » صحة البيع . وهو المذهب وعليه الأصحاب . إلا صاحب النهاية . فإنه أبطل العقد . كما لو تلف الكل .

الثالث : على الرواية الثانية ـ وهي التي قلنا فيها : لا يضمن إلا إذا أتلفت الثلث فصاعداً ـ قيل : يعتبر ثلث الثمرة . وهو الصحيح . قدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغني ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

وقيل : يعتبر قدر الثلث بالقيمة . وقدمه في المحرر ، والنظم ، وتجريد العناية . وأطلقهما الزركشي ، والفائق .

وقيل : يعتبر قدر الثلث بالثمن . وأطلقهن في الفروع .

الرابع : على المذهب : يوضع من الثمرة بقدر التالف . نقله أبو الخطاب ، وجزم به في الفروع .

الخامس : لو تعيبت بذلك . ولم تتلف : خُيِّر المشتري بين الإمضاء والأرش ، وبين الرد وأخذ الثمن كاملاً . قاله الزركشي وغيره .

فائدة : تختص الجائحة بالثمن . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وكذا ماله أصل يتكرر حمله ، كقثاء ، وخيار ، و باذنجان ، ونحوها . قاله جماعة . وقدمه فى الفروع ، وتقدم لفظه .

وقال فى القاعدة الثمانين : لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بجائحة قبل القطع . فإن قلنا : حكمها حكم ثمن الشجر فمن مال البائع .

و إن قيل : هى كالزرع خرجت على الوجهين فى جائحة الزرع .

وقال القاضى : من شرط الثمن الذى تثبت فيه الجائحة : أن يكون مما يستبق بعد بدو صلاحه إلى وقت ـ كالنخل ، والكرم ، وما أشبهها ـ و إن كان مما لاتستبقى ثمرته بعد بدو صلاحه ـ كالتين ، والخوخ ، ونحوهما ـ فلا جائحة فيه .

قال بعض الأصحاب : وهذا أليق بالمذهب .

وعنه لا جائحة فى غير النخل . نص عليه فى رواية حنبل . كما تقدم . وتقدم اختيار الزركشى .

وقال فى الكافى ، والمحرر : وتثبت أيضاً فى الزرع .

وذكر القاضى : فيه احتمالين . ذكره الزركشى .

وقال فى عيون المسائل : إذا تلفت الباقلا . أو الحنطة فى سنبلها . فلنا وجهان . الأقوى : يرجع بذلك على البائع .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : ثبوت الجائحة فى زرع مستأجر وحانوت نقص نفعه عن العادة . وحكم به أبو الفضل بن حمزة فى حمام .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : قياس نصوصه وأصوله : إذا تعطل نفع الأرض بآفة : انفسخت الإجارة فيما بقى . كانهدام الدار . وأنه لاجائحة فيما تلف من زرعه . لأن المؤجر لم يبعه إياه . ولا ينازع فى هذا من فهمه .

تنبيهان

أحدهما : قوله « بجائحة من السماء » ضابطها : أن لا يكون فيها صنع

لآدمى ـ كالريح ، والمطر ، والثلج ، والبرد ، والجليد ، والصاعقة ، والحر ، والعطش ، ونحوها ـ وكذا الجراد . جزم به الأصحاب .

الثانى : يستثنى من عموم كلام المصنف : لو اشترى الثمرة مع أصلها . فإنه لاجائحة فيها إذا تلفت . قاله الأصحاب .

ويستثنى أيضاً : ما إذا أخر أخذها عن وقته المعتاد . فإنه لا يضمنها البائع . والحالة هذه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال القاضى : ظاهر كلام الإمام أحمد : وضعها عمن أخر الأخذ عن وقته . واختاره . وفيه وجه ثالث . يفرق بين حالة العذر وغيره .

فائدة : لو باع الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع . ثم تلفت بجائحة . فتارة يتمكن من قطعها قبل تلفها . وتارة لايتمكن فإن تمكن من قطعها ولم يقطعها حتى تلفت فلا ضمان على البائع . قاله القاضى فى المجرد ، والمجد ، وهو احتمال فى التعليق . وقدمه الزركشى .

قال فى القواعد الفقهية : وهو مصرح به فى المغنى .

وذكره الشارح عن القاضى ، واقتصر عليه .

وقال القاضى فى التعليق : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه من ضمان البائع ، اعتماداً على إطلاقه . ونظراً إلى أن القبض لم يحصل .

قال فى الحاوى : يقوى عندى وجوب الضمان على البائع هنا . قولاً واحداً . لأن ماشرط فيه القطع . فقبضه : يكون بالقطع والنقل . فإذا تلف قبله يكون كتلف المبيع قبل القبض . انتهى .

وأما إذا لم يتمكن من قطعها حتى تلفت : فإنها من ضمان البائع . قولا واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَهُ آدَمِيٌّ : خُيِّرَ الْمُشْتَرِى بَيْنَ الفَسْخِ وَالإِمْضَاء وَمُطَالَبَةِ الْمُتْلِفِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . واختاره القاضى ، وغيره . فهو كإتلاف المبيع المكيل أو الموزون قبل قبضه ، على ماتقدم .

لـكن جزم فى الروضة هنا : أنه من مال المشترى . واختاره أبو الخطاب فى الانتصار .

قال الزركشى : قال ناظم نهاية ابن رزين : وهو القياس .

وقيل : إن كان تلفه بعسكر أو لصوص ، فحكمه حكم الجائحة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قوله ﴿ وَصَلَاحُ بَعْضِ ثَمَرِ الشَّجَرَةِ صَلَاحٌ لِجَمِيعِهَا ﴾ .

بلا نزاع أعلمه . وهو أن يبدو الصلاح فى بعضه ، على الصحيح من المذهب وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . واختاره ابن أبى موسى ، وأبو الخطاب وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

ونقل حنبل إذا غلب الصلاح . وجزم به فى المحرر فى النوع . وقاله القاضى ، وأبو حكيم النهروانى وغيرهم فيما إذا غلب الصلاح فى شجرة .

قال فى الرعاية ، والحاوى : إذا بدا الصلاح فى بعض النوع جاز بيع [بعض] ذلك النوع فى إحدى الروايتين . وإن غلب جاز بيع الكل . نص عليه .

قوله ﴿ وَهَلْ يَكُونُ صَلَاحًا لِسَائِرِ النَّوْعِ الَّذِى فِى الْبُسْتَانِ ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى التلخيص والهداية . والمذهب والمستوعب ، والحاوى الـكبير . والزركشى .

إحداهما : يكون صلاحا لسائر النوع الذى فى البستان . وهو المذهب . نص

عليه ، وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز وغيره .

قال الزركشى : هذا اختيار الأكثرين . وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : أظهرهما يكون صلاحا . واختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى وأصحابه وغيرهم .

والرواية الثانية : لا يكون صلاحا له . فلا يباع إلا ما بدا صلاحه .

قال الزركشى : هى أشهرهما . واختاره أبو بكر فى الشافى ، وابن شاقلا فى تعليقه .

تنبيهات

أحدها : مفهوم كلام المصنف : أنه لا يكون صلاحا للجنس من ذلك البستان . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم ، وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : اختاره الأكثرون .

وقال أبو الخطاب : يكون صلاحا لما فى البستان من ذلك الجنس . فيصح بيعه . قاله الزركشى ، وقال : هذا ظاهر النص . وجزم به فى المنور . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب .

الثانى : مفهوم كلامه أيضاً : أن صلاح بعض نوع من بستان لا يكون حاصلا لذلك النوع من بستان آخر . وهو الصحيح . وهو المذهب .

قال المصنف والشارح : هذا المذهب . قال فى الفائق : هذا أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز وغيره .

وعنه أن بدوّ الصلاح فى شجرة من القراح يكون صلاحا له ولما قار به .

وأطلق فى الروضة فى البستانين روايتين .

الثالث : ليس صلاح بعض الجنس صلاحا لجنس آخر بطريق أولى . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : صلاح جنس فى الحائط صلاح لسائر أجناسه فيتبع الجوز التوت . والعلة عدم اختلاف الأيدى على الثمر . قاله فى الفائق .

قال فى الفروع : واختار شيخنا بقية الأجناس التى تباع عادة كالنوع .

فائدة : لو أفرد مالم يبد صلاحه مما بدا صلاحه وباعه لم يصح على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يصح ، وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والزركشى ، والحاويين ، والفائق وهما وجهان فى المجرد .

قوله ﴿ وَبُدُوّ الصَّلَاحِ فِى ثَمَرَةِ النَّخْلِ : أَنْ يَحْمَرَّ ، أَوْ يَصْفَرَّ . وَفِى العِنَبِ أَنْ يَتَمَوَّهَ ﴾ .

وكذا قال كثير من الأصحاب .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهما : حكم ما يتغير لونه عند صلاحه كالإجاص ، والعنب الأسود : حكم ثمرة النخل بأن يتغير لونه . وفى سائر الثمر : أن يبدو فيه النضج ، ويطيب أكله .

وقال صاحب المحرر — وتبعه فى الفروع — وجماعة : بدوّ صلاح الثمر : أن يطيب أكله ويظهر نضجه .

وهذا الضابط أولى . والظاهر : أنه مراد غيرهم ، وماذكروه علامة على هذا .

هذا حكم ما يظهر من الثمار قولا واحدا وهذا بلا نزاع .

فأما ما يظهر فما بعد فم — كالقثاء ، والخيار ، والبطيخ ، واليقطين ، ونحوها —

فبدوّ الصلاح فيه : أن يؤكل عادة . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . واختاره المصنف وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال القاضى ، وابن عقيل : صلاحه تناهى عظمه .

وقال فى التلخيص : صلاحه التقاطه عرفا ، وإن طاب أكله قبل ذلك .

فائدة : صلاح الحب : أن يشتد أو يبيض .

قوله ﴿ وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ مَالٌ . فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إلاَّ أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

وقياس قول المصنف فى مزارع القرية « أو بقرينة » يكون للمبتاع بتلك القرينة .

قلت : وهو الصواب . واختاره المصنف فى شراء الأمة من الغنيمة يتبعها ما عليها مع علمها به .

ونقل الجماعة عن أحمد : لا يتبعها . وهو المذهب .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ قَصْدُهُ المَالَ : اشْتُرِطَ عِلْمُهُ ، وَسَائِرُ شُرُوطِ البَيْعِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَصْدُهُ المَالَ : لَمْ يُشْتَرَطْ ﴾ .

فظاهر ذلك : أنه سواء قلنا العبد يملك بالتمليك أو لا . وهو اختيار المصنف . وذكره نص الإمام أحمد . واختيار الخرقى . وذكره فى المنتخب ، والتلخيص عن أصحابنا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والشرح . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

نقل صالح ، وأبو الحارث : إذا كان إنما قصد العبد : كان المال تبعاً له ، قل أو كثر . واقتصر عليه أبو بكر فى زاد المسافر .

وقال القاضى : إن قيل العبد يملك بالتمليك : لم تشترط شروط البيع ، وإلا اعتبرت . وقطع به فى المجرد . وزاد : إلا إذا كان قصده العبد .

قال الزركشى : واعلم أن مذهب الخرقى : أن العبد لا يملك . فكلامه خرج على ذلك . وهو ظاهر كلامه فى التعليق . وتبعهما أبو البركات .

أما إذا قلنا يملك ، فصرح أبو البركات : بأنه يصح شرطه ، و إن كان مجهولا .

ولم يعتبر أبو محمد الملك ، بل أناط الحكم بالقصد وعدمه . وزعم أن هذا منصوص الإمام أحمد ، والخرقى .

وفى نسبة هذا إليهما نظر . لاحتمال بنائهما على الملك كما تقدم . وهو أوفق لكلام الخرقى والمشهور كلام الإمام أحمد .

وحكى أبو محمد عن القاضى : أنه رتب الحكم على الملك وعدمه . فإن قلنا : يملك : لم يشترط . و إن قلنا : لايملك : اشترط .

وحكى صاحب التلخيص عن الأصحاب : أنهم رتبوا الحكم على القصد وعدمه ، كما يقوله أبو محمد .

ثم قال : وهذا على القول بأن العبد يملك . أما على القول بأنه لايملك : فيسقط حكم التبعية ، و يصير كمن باع عبداً ومالا . وهذا عكس طريقة أبى البركات . ثم يلزمه التفريع على الرواية الضعيفة .

و يتلخص فى المسألة أربعة طرق . انتهى كلام الزركشى .

وقال ابن رجب فى فوائده : إذا باع عبداً وله مال . ففيه للأصحاب طرق :

أحدها : البناء على الملك وعدمه . فإن قلنا : يملك ، لم يشترط معرفة المال ، ولا سائر شرائط البيع . لأنه غير داخل فى العقد . و إنما اشترط على ملك العبد ليكون عبداً ذا مال . وذلك صفة فى العبد لا تفرد بالمعاوضة . فهو كبيع المكاتب الذى له مال .

و إن قلنا لايملك اشترط معرفة المال . و إن تبعه بغير جنس المال ، أو بجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية . و يشترط التقابض . لأن المال داخل فى عقد البيع . وهذه طريقة القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبى الخطاب فى انتصاره ، وغيرهم .

والطريقة الثانية : اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير . فإن كان المال مقصوداً

للمشترى: اشترط علمه وسائر شروط البيع . و إن كان غير مقصود ، بل قصد المشترى تركه للعبد لينتفع به وحده : لم يشترط ذلك . لأنه تابع غير مقصود . وهذه الطريقة هى المنصوصة عن الإمام أحمد ، وأكثر أصحابه ، كالخرقى ، وأبى بكر والقاضى فى خلافه . وكلامه ظاهر فى الصحة . وإن قلنا : العبد لا يملك .

وترجع المسألة على هذه الطريقة إلى بيع ربوى بغير جنسه ، ومعه من جنسه ما هو غير مقصود . ورجح صاحب المغنى هذه الطريقة .

وقال فى القواعد : وأنكر القاضى فى المجرد : أن يكون القصد وعدمه معتبراً فى صحة العقد فى الظاهر . وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله .

والطريقة الثالثة : الجمع بين الطريقتين . وهى طريقة القاضى فى الجامع الكبير وصاحب المحرر ، ومضمونها : أنا إن قلنا العبد يملك : لم يشترط لماله شروط البيع بحال ، و إن قلنا لا يملك : فإن كان المال مقصوداً للمشترى : اشترط له شرائط البيع و إن كان غير مقصود : لم يشترط له ذلك . انتهى .

وذكرها أيضاً فى القواعد [وذكر الزركشى أربع طرق] .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ عَلَيْهِ ثِيَابٌ . فَقَالَ أَحْمَدُ : مَا كَانَ لِلْجَمَالِ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا كَانَ لِلُّبْسِ الْمُعْتَادِ فَهُوَ للمشترى ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وتقدم اختيار المصنف فيما إذا اشترى أمة من المغنم . و إذا كان هناك قرينة تدل على أن مراده جميع الثياب .

فائدتان

إحداهما : عذار الفرس ، ومقود الدابة : كثياب العبد ، ويدخل نعلها فى بيعها كلبس العبد . قال فى الترغيب : وأولى .

الثانية : لو باع العبد وله سرية : لم يفرق بينهما ، كامرأته وهى ملك للسيد . نقله حرب . ذكره فى الفروع فى أحكام العبد . والله أعلم .

باب السلم

فائدة : قال فى المستوعب : هو أن يسلم إليه مالا فى عين موصوفة فى الذمه .

وقال المصنف فى المغنى ، والـكافى ، والشارح : هو أن يسلم عيناً حاضرة فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل .

وقال فى المطلع : هو عقد على موصوف فى الذمة مؤجل بثمن مقبوض فى مجلس العقد . وهو معنى الأول . وهو حسن .

وقال فى الوجيز : هو بيع معدوم خاص ليس نفعا إلى أجل بثمن مقبوض فى مجلس العقد .

وقال فى الرعاية الـكبرى وغيرها : هو بيع عين موصوفة معدومة فى الذمة إلى أجل معلوم مقدور عليه عند الأجل بثمن مقبوض عند العقد .

وقال فى الرعاية الصغرى : هو بيع معدوم خاص بثمن مقبوض بشروط تذكر

تنبيه : قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ بِشُرُوطٍ سَبْعَةٍ ﴾ .

وكذا ذكره جماعة . وذكر فى الفروع وغيره : ستة وذكر فى الهداية وغيرها : خمسة . وذكر فى الـكافى ، والمحرر ، وغيرهما : أربعة . مع ذكرهم كلهم جميع الشروط .

والظاهر : أن الذى لم يكمل عدد ذلك جعل الباقى من تتمة الشروط ، لا شروطاً لنفس السلم .

قوله ﴿ أَحَدُهَا : أَنْ يَكُونَ فِيمَا يُمْكِنُ ضَبْطُ صِفَاتِهِ . كالمَكِيلَ وَالمَوْزُونِ ، وَالمَذْرُوعِ ﴾ .

أما المكيل والموزون : فيصح السلم فيهما ، قولا واحداً .

وأما المذروع : فالصحيح من المذهب : صحة السلم فيـه ، كما قال المصنف . وعليه الأصحاب .

وعنه لايصح السلم فيه . ذكرها إسماعيل فى الطريقة .

قوله ﴿ فَأَمَّا المَعْدُودُ المخْتَلِفُ ـ كَالْحَيَوَانِ ، وَالفَوَاكِهِ ، وَالبُقُولِ ، وَالرُّءُوسِ ، وَالْجُلُودِ وَنَحْوِهَا ـ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

فأما الحيوان : فأطلق المصنف فيه الروايتين ، سواء كان آدمياً أو غيره . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والهادى ، والمحرر ، وغيرهم .

إحداهما : يصح السلم فيه . وهو الصحيح من المذهب .

قال المصنف فى المغنى : هذا ظاهر المذهب .

قال الشارح : المشهور صحة السلم فى الحيوان . نص عليه فى رواية الأثرم .

قال فى الكافى : هذا الأظهر .

قال فى تجريد العناية : صح على الأظهر .

قال الناظم : هذا أولى .

قال فى الفروع : يصح على الأصح .

قال فى الفائق : يصح فى أصح الروايتين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الإرشاد ، والمستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز . وصححه فى التصحيح ، ونظم نهاية ابن رزين .

والرواية الثانية : لايصح فيه . وقدمه فى الخلاصة ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وصححه فى الرعاية الكبرى .

فوائد

منها : يصح السلم فى اللحم النِّيء بلا نزاع . ولايعتبر نزع عظمه . لأنه كالنوى فى التمر . لكن يعتبر قوله : بقر أو غنم ، ضأن أو معز ، جذع أوثنى ، ذكر أو أنثى ، خصى أو غيره ، رضيع أو فطيم ، معلوفة أو راعية ، من الفخذ أو الجنب . نقلها الجماعة . سمين أو هزيل .

ومنها : لايصح السلم فى اللحم المطبوخ والمشوى ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وغيرهما . واختاره القاضى وغيره .

وقيل : يصح . قدمه ابن رزين . وهما احتمالان مطلقان فى التلخيص .

وأطلق وجهين فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

ومنها : يصح السلم فى الشحم . جزم به فى الفروع .

قيل للإمام أحمد رحمه الله : إنه يختلف . قال : كل سلف يختلف .

وأما الفواكه والبقول : فأطلق المصنف فى جواز السلم فيها روايتين . وأطلقهما فى الهداية ، وعقود ابن البناء ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والحاوى ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

إحداهما : لايصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى الرعاية الكبرى : ولايصح فى معدود مختلف ، على الأصح .

قال أبو الخطاب : لا أرى السلم فى الرمان والبيض . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يصح . جزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وأما الجلود والرءوس ونحوها ، كالأكارع ، فأطلق المصنف فى جواز السلم فيها روايتين . وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والشارح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

إحداهما : لايصح . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وصححه فى التصحيح ، والرعاية الكبرى . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والرواية الثانية : يصح السلم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . قال

الناظم . وهو أولى . وقدمه فى التلخيص فى مكان آخر [جزم به القاضى يعقوب فى التبصرة ، وصححه فى تصحيح المحرر .

قلت : وهو الصواب . فيما قاله المصنف كله حيث أمكن ضبطه] .

قوله ﴿ وَفِى الْأَوَانِى الْمُخْتَلِفَةِ الرُّءُوسِ ، وَالْأَوْسَاطِ ـ كَالْقَمَاقِمِ ، وَالْأَسْطَالِ الضَّيِّقَةِ الرُّءُوسِ ـ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والهادى ، وشرح ابن منجا ، والزركشى ، والشرح ، والنظم ، والحاوى الكبير ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لايصح . وهو المذهب . جزم به فى مسبوك الذهب ، والوجيز ، وإدراك الغاية . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المغنى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : يصح . صححه فى التصحيح . فيضبط بارتفاع حائطه ، ودور أسفله أو أعلاه .

قوله ﴿ وَفِيمَا يُجْمَعُ أَخْلَاطًا مُتَمَيِّزَةً ـ كَالثِّيَابِ الْمَنْسُوجَةِ مِنْ نَوْعَيْنِ ـ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والهادى ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والوجيز . وصححه فى الكافى ، والشرح ، والتصحيح . وقدمه فى النظم ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لايصح . اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته .

فائدة : حكم النشاب المريش ، والنبل المريش ، والخفاف ، والرماح ، حكم الثياب المنسوجة من نوعين ، خلافاً ومذهباً . قاله فى الفروع ، والمحرر ، وغيرها .

وقدم فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين ، وغيرهم الصحة هنا أيضاً .

وأما القسى : فجعلها صاحب الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم : كالثياب المنسوجة من نوعين [والصحيح من المذهب : أنها ليست كالثياب المنسوجة من نوعين] ولا يصح السلم فيها . لأنها مشتملة على خشب وقرن وعصب ووتر . إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك وتمييز ما فيها ، بخلاف الثياب وما أشبهها . قدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح . والفروع ، وغيرهم .

قال المصنف والشارح : هذا أولى . وجزم به فى الهادى .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : صحة السلم فى الثياب المنسوجة من نوع واحد . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقد دخل فى كلام المصنف السابق فى قوله « والمذروع » وتقدم هناك رواية : أنه لا يصح السلم فى المذروع .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ فِيمَا لاَ يَنْضَبِطُ ، كَالجَواهِرِ كلِّهَا ﴾ .

هذا المذهب فى الجواهر كلها . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

ونقل أبو داود : السلم فيها لابأس به .

وفى طريقة بعض الأصحاب ، فى اللؤلؤ منع وتسليم .

وأطلق فى الفروع فى العقيق وجهين . وجزم فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وابن رزين وغيرهم ، بعدم الصحة فيه .

قوله ﴿ وَالحَوَامِلِ مِنْ الحَيَوَانِ ﴾

لايصح السلم فى الحوامل من الحيوان على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والرعاية الكبرى [والحاوى الصغير ، والفروع والرعاية وغيرهم . وقدمه فى الشرح]

وفيه وجه آخر : يصح . وفى طريق بعض الأصحاب فى الخلفات منع وتسليم .
وأطلقهما فى الكافى ، والنظم ، والفائق .

فوائد

إحداها : لايصح السلم فى شاة لبون . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح . وأطلقهما فى النظم .

الثانية : لايصح السلم فى أمة وولدها ، أو وأخيها ، أو عمتها ، أو خالتها لندرة جمعهما الصفة .

الثالثة : يصح السلم فى الشهد . على الصحيح من المذهب . جزم به فى النظم ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس . وصححه فى التلخيص .

وقيل : لايصح . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

تنبيه : مفهوم قوله « ولايصح فيما لاينضبط » ومثل من جملة ذلك « المغشوش من الأثمان » أن السلم يصح فى الأثمان نفسها ، إذا كانت غير مغشوشة . وهو صحيح ، وهو الصحيح من المذهب . فيصح أن يسلم عرضاً فى ذهب أو فضة .

قال فى الفروع : ويصح إسلام عرض فى عرض ، أو فى ثمن ، على الأصح .

قال فى الرعاية الصغرى : وإن أسلم فى نقد أو عرض عرضاً مقبوضاً جاز فى الأصح[1] . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . ونصره فى المغنى ، والشرح .

وعنه لايصح . قدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

فعلى المذهب : يشترط كون رأس المال غيرهما . فيجعل عرضاً . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه الجمهور . وصححه فى الفروع . وجزم به فى الرعاية .

وقال أبو الخطاب : والمنافع أيضاً كمسألتنا .

---

(١) إلى هنا انتهى الخرم من مخطوطة المصنف .

فائدتان

إحداهما : يجوز إسلام عرض فى عرض . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى الفروع وغيره . وجزم به فى الكافى ، وابن عبدوس وغيرهما . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوين ، وغيرهم .

وعنه لايجوز السلم إلا بعين أو ورِق خاصة . ذكرها ابن أبى موسى .

قال ابن عقيل : لايجوز جعل رأس المال غير الذهب والفضة .

فعليها : لايسلم العروض بعضها فى بعض ، وهو ظاهر كلام الخرقى .

وعلى المذهب : يصح .

فعلى المذهب : لوجاءه بعينه عند محله لزمه قبوله . صححه فى الفائق . وقدمه فى شرح ابن رزين ، والرعايتين .

وقال : فإن اتخذ صفة ، فجاءه عند الأجل بما أخذه منه لزمه أخذه . وقيل : لا و إن أسلم جارية صغيرة فى كبيرة . فصارت عند المحل كما شرط . ففى جواز أخذها وجهان . و إن كان حيلة حرم . انتهى .

وقيل : لايلزمه أخذ عينه إذا جاءه به عند محله .

ورده ابن رزين وغيره . وأطلقهما فى الكافى .

الثانية : فى جواز السلم فى الفلوس روايتان . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

نقل أبو طالب وابن منصور فى مسائله عن الثورى ، والإمام أحمد ، و إسحاق : الجواز . ونقل عن ابن سعيد المنع . ونقل حنبل الكراهة .

ونقل يعقوب وابن أبى حرب : الفلوس بالدراهم يداً بيد ونسيئة . و إن أراد فضلا لايجوز . فهذه نصوصه فى ذلك .

قال فى الرعاية ـ بعد أن أطلق الروايتين ـ قلت : هذا إن قلنا هى سلعة . انتهى .

اختار ابن عقيل - فى باب الشركة من الفصول - أن الفلوس عروض بكل حال . واختاره على بن ثابت الطالبانى من الأصحاب . ذكره عنه ابن رجب فى الطبقات فى ترجمته . وهى قبل ترجمة المصنف بيسير .

فعليه : يجوز السلم فيها . وصرح به ابن الطالبانى . واختاره . وتأول رواية المنع

وقال أبو الخطاب فى خلافه الصغير وغيره : الفلوس النافقة أثمان . وهو قول كثير من الأصحاب . قاله ابن رجب .

واختار الشيرازى فى المبهج : أنها أثمان بكل حال .

فعليها : حكمها حكم الأثمان فى جواز السلم فيها وعدمه ، على ما تقدم . وتوقف المصنف فى جواز السلم فيها . فقال : أنا متوقف عن الفتيا فى هذه المسألة . ذكره عنه ابن رجب فى ترجمة ابن الطالبانى . انتهى .

قلت : الصحيح السلم فيها . لأنها إما عرض أو ثمن . لايخرج عن ذلك . والصحيح من المذهب : صحة السلم فى ذلك ، على ماتقدم .

وأما أنا نقول بصحة السلم فى الأثمان والعروض ولا نصحح السلم فيها : فهذا لا يقوله أحد . فالظاهر : أن محل الخلاف المذكور إذا قلنا بعدم صحة السلم فى الأثمان .

قوله ﴿ وَلَا يَصِحُّ فِيمَا يَجْمَعُ أَخْلَاطًا غَيْرَ مُتَمَيِّزَةٍ - كَالْغَالِيَةِ وَالنَّدِّ وَالْمَعَاجِين ونحوها ﴾ بلا نزاع أعلمه ﴿ وَيَصِحُّ فِيمَا يُتْرَكُ فِيهِ شَيْءٌ غَيْرُ مَقْصُودٍ لِمَصْلَحَتِهِ - كَالْجُبْنِ تُوضَعُ فيه الأنفحة ، وَالعجين يُوضع فيه الملح ، وكذا الخبز ، وَخَلُّ التَّمْرِ . يوضع فيه الماء . والسَّكَنْجَبِينَ يوضع فيه الخل وَنَحْوِهَا ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ الثَّانِي : أَنْ يَصِفَهُ بِمَا يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ ظَاهِرًا . فَيَذْكُرُ

جِنْسَهُ، وَنَوْعَهُ وَقَدْرَهُ وَبَلَدَهُ، وَحَدَاثَتَهُ وَقِدَمَهُ، وَجَوْدَتَهُ وَرَدَاءَتَهُ﴾.

قال فى التلخيص: وأصحابنا يعتبرون ذكر الجودة والرداءة، مع بقية الصفات قال: وعندى. أنه لاحاجة إلى ذلك، لأنه إذا أتى بجميع الصفات التى يزيد الثمن لأجلها، فلا يكون إلا جيداً أو بالعكس. انتهى.

ويذكر على الصحيح من المذهب ــ وعليه أكثر الأصحاب ــ مايميز مختلف النوع. وسِنَّ الحيوان، وذكورته وأنوثته، وهزاله، وراعياً أو معلوفاً. على ماتقدم أول الباب. ويذكر آلة الصيد، أحبولة، أو صيد كلب أو فهد أو صقر.

وعند المصنف، والشارح: لايشترط ذلك. لأن التفاوت فيه يسير.

قالا: وإذا لم يعتبر فى الرقيق ذكر السمن والهزال ونحوهما ــ مما يتباين به الثمن ــ فهذا أولى. انتهيا.

ويعتبر ذكر الطول بالشبر فى الرقيق.

قال فى المستوعب، والتلخيص، والترغيب: إلا أن يكون رجلا. فلايحتاج[1] إلى ذكره. لكن يذكر طويلا أو قصيراً أو ربعاً.

ويعتبر فى الرقيق: ذكر الكحل والدعج، وتكلثم الوجه، وكون الجارية خميصة، ثقيلة الأرداف، سمينة، بكراً أو ثيباً، ونحو ذلك مما يقصد. ولا يطول، ولا ينتهى إلى عزة الوجود عند أكثر الأصحاب.

قال فى التلخيص: قاله غير القاضى فى المستوعب. وهو الصحيح عندى.

وقيل: لايعتبر ذكر ذلك. اختاره القاضى فى المجرد، والخصال. وأطلقهما فى البلغة، والفروع.

قال فى الرعاية الكبرى: وفى اشتراط ذكر الكحل والدعج وثقل الأدراف ووضاءة الوجه، وكون الحاجبين مقرونين والشعر سبطاً، أو جعداً، وأشقر أو أسود، والعين زرقاء، والأنف أقنى ــ فى صحة السلم وجهان. انتهى.

(١) كذا بخط المصنف. وفى الأحمدية: فيحتاج.

وقال المصنف ، والشارح : ويذكر الثيوبة والبكارة . ولا يحتاج إلى ذكر الجعودة والسبوطة . انتهى .

وإن أسلم فى الطير : ذكر النوع واللون ، والكبر والصغر ، والجودة الرداءة ، ولا يعرف سنها أصلاً .

وقال فى عيون المسائل : يعتبر ذكر الوزن فى الطير . كالكركى والبط . لأن القصد لحمه . ويُنَزَّل الوصف على أقل درجة .

وقال فى التلخيص ، وعيون المسائل : ويذكر فى العسل المكان : بلدى أو جبلى ، ربيعى أو خريفى ، واللون . ولا حاجة إلى عتيق أو حديث .

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل : فى المسلم فيه خمسة أضرب .

الأول : مايضبط كل واحد منه بثلاثة أوصاف . إن حفظ أوصافه ، كاللبن وحجارة البناء .

الثانى : مايضبط كل واحد منه بأربعة أوصاف ، وإن اختلفت . وهو أربعة عشر شيئاً : الرصاص ، والصفر ، والنحاس ، وحجارة الآنية . كالبرام ، والرجس الطاهر ، والشوك ، ولحم الطير ، والسمك ، والإبريسم ، والآجر ، والرءوس ، والسمن ، والجبن ، والعسل .

الثالث : مايضبط كل واحد منه بخمسة أوصاف . وهو ثلاثة عشر شيئاً . الجلود ، وحجارة الأرحاء ، والصوف ، والقطن ، والغزل ، وخشب الوقود ، والبناء ، والخبز ، والزبد ، واللبأ ، والرطب ، والطعام ، والنعم ، والخيل .

الرابع : مايضبط كل واحد منه بستة أوصاف . وهو ثلاثة أشياء : السمر فى العبيد ، وخشب القسى .

الخامس : مايضبط كل واحد منه بسبعة أوصاف ، وهو شيئان . الثياب ، ولحم الصيد وغيره . انتهى .

قلت : جزم بهذا فى المستوعب . ومن الأوصاف المضبوطة بذلك كله .

وقال فى الرعاية أيضاً ، وغيره - غير ماتقدم - ويذكر أيضاً مايختلف الثمن لأجله غالباً . كالعَرْض، والسُّمْك ، والتدوير ، والسن، واللون ، واللين، والنعومة ، والخشونة ، والدقة ، والغلظ ، والرقة ، والصفاقة ، وجلب يومه ، وزبد يومه ، والحلاوة ، والحموضة ، والمرعى ، والعلف ، وكون المبيع حديثاً أو عتيقاً ، رطباً أو يابساً ، ربيعياً أو خريفياً . وغير ذلك . كل شيء بحسبه من ذلك وغيره . انتهى .

وتقدم بعض ذلك .

وذكر أوصاف كل واحد مما يجوز السلم فيه يطول . وقد ذكره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والرعاية ، وغيرهم . فليراجعوا .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ الأَرْدَأَ . فعلى وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والحاوى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لا يصح . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وصححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، وتجريد العناية .

والوجه الثانى : يجوز . جزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى . وصححه فى التلخيص ، والبلغة ، والزركشى .

قال فى التلخيص : لأن طلب الأردأ من الأردأ عناد . فلا يثور فيه نزاع .

فائدة : لو شرط جيداً أو رديئاً صح بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِذَا جَاءَهُ بِدُونِ مَا وَصَفَهُ لَهُ ، أَوْ نَوْعٍ آخَرَ . فَلَهُ أَخْذُهُ ﴾ .

إذا جاءه بدون ماوصف من نوعه . فلا خلاف أنه مخير فى أخذه .

وإن جاءه بنوع آخر . فالصحيح من المذهب : أنه مخير أيضاً فى أخذه وعدمه . جزم به فى الوجيز ، والنظم ، وغيرهما . واختاره المصنف ، وغيره . وقدمه

فى الشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والـكافى ـ وقال : هو أصح ـ وغيرهم .

وعند القاضى وغيره : يلزمه أخذه إذا لم يكن أدنى من النوع المشترط .

واختاره المجد . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر .

وعنه : يحرم أخذه كأخذ غير جنسه . نقله جماعة عن الإمام أحمد .

وأطلقهن الزركشى . وأطلق فى التلخيص فى الأخذ وعدمه روايتين .

وقال : بناء على كون النوعية تجرى مجرى الصفة أو الجنس .

قوله ﴿ وَإِنْ جَاءَهُ بِجِنْسٍ آخَرَ : لَمْ يَجُزْ لَهُ أَخْذُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل جماعة عن أحمد جواز الأخذ للأردأ عن الأعلى ، كشعير عن بر بقدر كيله . نقله أبو طالب ، والمروذى .

وحمله المصنف والشارح على رواية : أنهما جنس واحد .

قال فى التلخيص : جعل بعض أصحابنا هذا رواية فى جواز الأخذ من غير الجنس بقدره . إذا كان دون المسلم فيه .

قال : وليس الأمر عندى كذلك . و إنما هذا يختص الحنطة والشعير ، مطابقاً لنصه فى إحدى الروايتين عنه : أن الضم فى الزكاة يختصهما ، دون القَطَنيات وغيرها . بناء على كونهما جنساً واحداً فى إحدى الروايتين عنه ، و إن تنوع . نقله حنبل . ولا يجوز التفاضل بينهما . ذكره القاضى أبو يعلى وغيره . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ جَاءَهُ بِأَجْوَدَ مِنْهُ مِنْ نَوْعِهِ لَزِمَهُ قَبُولُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : لا يلزمه قبوله . وقيل : يحرم أخذه .

وحكى رواية نقل صالح وعبد الله : لا يأخذ فوق صفته ، بل دونها .

فائدة : لو وجده معيباً كان له رده أو أرشه .

قوله ﴿فَإِنْ أَسْلَمَ فِي الْمَكِيلِ وَزْنًا ، وَفِي الْمَوْزُونِ كَيْلاً : لَمْ يَصِحْ﴾

وهو إحدى الروايتين : نص عليه . واختاره أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : هو المشهور ، والمختار للعامة .

قلت : منهم القاضي ، وابن أبي موسى . وجزم به ناظم المفردات ــ وهو منها ــ والخلاصة ، والهادى ، والمذهب الأحمد ، والبلغة . وصححه فى المحرر . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والزبدة ، والحاويين ، و إدراك الغاية ، والفائق . وهذا المذهب .

وعنه يصح . وهى من زوائد الشارح . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . ويحتمله كلام الخرقي . وهما روايتان منصوصتان . وأطلقهما فى الكافى ، والمحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

فائدة : لايصح السلم فى المذروع إلا بالذرع ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وخرج الجواز وزناً .

قوله ﴿وَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمِكْيَالُ مَعْلُومًا . فَإِنْ شَرَطَ مَكِيلاً بِعَيْنِهِ أَوْ صِنْجَةً بِعَيْنِهَا غَيْرَ مَعْلُومَةٍ : لَمْ يَصِحَّ﴾ .

وكذا الميزان والذراع . وهذا بلا نزاع فيه ، لكن لو عين مكيال رجل واحد أو ميزانه : صح ، ولم يتعين . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يتعين فى الأصح .

قال فى الرعاية : صح العقد . ولم يتعينا فى الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وغيرهم .

قال الزركشي : هذا المذهب . وقيل : يتعين .

فعلى المذهب فى فساد العقد : وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع ، والزركشي .

وأطلق أبو الخطاب روايتين فى صحة العقد يتعين مكيال . انتهى .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح . جزم به فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام المصنف ، والشارح وغيرهما .

والثانى : لايصح .

قوله ﴿ وَفِي الْمَعْدُودِ الْمُخْتَلِفِ غَيْرِ الْحَيَوَانِ رِوَايَتَانِ ﴾ .

يعنى على القول بصحة السلم فيه ، كما تقدم . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والتلخيص ، والمستوعب ، والهادى ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والزركشى .

إحداهما : يسلم فيه عدداً . صححه فى التصحيح . وهو مقتضى كلام الخرقى .

والأخرى : يسلم فيه وزناً . قدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين .

وقيل : يسلم فى الجوز ، والبيض عدداً . وفى الفواكه والبقول وزنا .

قال الشارح : يسلم فى الجوز والبيض عدداً فى أظهر الرواية . وأطلق فى الفواكه وجهين .

وقدم فى الفروع صحة السلم فى معدود غير حيوان يتقارب عدداً . وهذا المذهب .

قال فى الكافى ، فأما المعدود : فيقدر بالعدد . وقيل : بالوزن . والأول أولى . فإن كان يتفاوت كثيراً — كالرمان والبطيخ والسفرجل والبقول — : قدره بالوزن .

وقال فى المغنى : يسلم فى الجوز والبيض ونحوهما عدداً . وفيما يتفاوت — كالرمان ، والسفرجل والقثاء — وجهان .

وتقدم كلام الشارح . فالصحيح إذن من المذهب : أن ما يتقارب السلم فيه عدداً فيه ومايتفاوت تفاوتاً كثيراً يسلم فيه وزناً .

قوله ﴿ الرَّابِعُ : أَنْ يَشْتَرِطَ أَجَلاً مَعْلُومًا ، لَهُ وَقَعَ فِي الثَّمَنِ ﴾ .

يعنى فى العادة ، كالشهر ونحوه . قاله الأصحاب .

قال فى الرعاية : ويتغير فيه الثمن غالباً بحسب البلدان ، والأزمان ، والسلع .

قال فى الكافى : كالشهر ونصفه ونحوه .

قال الزركشى ، وكثير من الأصحاب : يمثل بالشهر والشهرين . فمن ثم قال بعضهم : أقله شهر . انتهى .

قلت ، قال فى الخلاصة : ويفتقر إلى ذكر الأجل . فيكون شهراً فصاعداً .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : أقله شهر .

قال فى الفروع : وليس هذا فى كلام أحمد . وظاهر كلامه : اشتراط الأجل . ولو كان أجلا قريباً : ومال إليه . وقال : هو أظهر .

قوله ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ حَالاًّ أَوْ إِلَى أَجَلٍ قَرِيبٍ ، كَالْيَوْمِ وَنَحْوِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر فى الانتصار رواية : يصح حالا . واختاره الشيخ تقى الدين إن كان فى ملكه . قال : وهو المراد بقوله عليه أفضل الصلاة والسلام لحكيم بن حزام رضى الله عنه « لاتبع ماليس عندك » أى ماليس فى ملكك . فلو لم يجز السلم حالا لقال : لاتبع هذا ، سواء كان عندك أولا . وتكلم على ماليس عنده .

ذكره عنه صاحب الفروع فى كتاب البيع فى الشرط الخامس . واختاره فى الفائق .

قال فى النظم : وما هو ببعيد .

وحمل القاضى وغيره هذه الرواية على المذهب . ولم يرتضه فى الفروع . واختار الصحة إذا أسلمه إلى أجل قريب ، كما تقدم . ورد ما احتج به الأصحاب .

قال فى القاعدة الثامنة والثلاثين : لنا وجه . قاله القاضى فى موضع من الخلاف بصحة السلم حالا . ويكون بيعاً . انتهى .

قوله ﴿ إِلاَّ أَنْ يُسْلِمَ فِى شَىْءٍ يَأْخُذُ مِنْهُ كُلَّ يَوْمٍ أَجْزَاءً مَعْلُومَةً ﴾ .

كاللحم والخبز ونحوهما ﴿ فيصح ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : إن بين قسط كل أجل وثمنه : صح . وإلا فلا .

قوله ﴿وَإِنْ أَسْلَمَ فِى جِنْسٍ إِلَى أَجَلَيْنِ ، أَوْ فِى جِنْسَيْنِ إِلَى أَجَلٍ : صَحَّ﴾

إذا أسلم فى جنسين أو جنس واحد إلى أجلين صح . بشرط أن يبين قسط كل أجل وثمنه . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وإن أسلم فى جنسين إلى أجل : صح أيضاً ، بشرط أن يبين ثمن كل جنسين . وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه يصح وإن لم يبين .

ويأتى هذا قريباً فى كلام المصنف فى آخر الفصل السادس ، حيث قال « وإن أسلم ثمناً واحداً فى جنسين لم يجز حتى يبين ثمن كل جنس » .

وقال فى الرعاية ـ بعد ذكر هاتين المسألتين وغيرهما ـ وعنه يصح فى الكل قبل البيان .

فائدة : مثل المسألة الثانية : لو أسلم ثمنين فى جنس واحد . على الصحيح من المذهب . نقله أبو داود . واختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يصح هنا . اختاره المصنف ، والشارح .

قال الزركشى : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَلاَ بُدَّ أَنْ يَكُونَ الأَجَلُ مُقَدَّرًا بِزَمَنٍ مَعْلُومٍ . فَإِنْ أَسْلَمَ إِلَى الحَصَادِ وَالجَدَادِ : فعلى روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعايتين ، والمحرر .

إحداهما : لا يصح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشي : اختاره عامة الأصحاب .

قال في الخلاصة ، والفروع : لم يصح على الأصح .

وصححه في المذهب ، والنظم ، والتصحيح ، وغيرهم . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الكافي ، والمغني ، والشرح . ونصراه هما وغيرهما .

والرواية الثانية : يصح . قدمه في الفائق .

قال الزركشي : وقيل : محل الخلاف في الحصاد إذا جعله إلى زمنه . أما إلى فعله : فلا يصح .

قلت : جزم بهذه الطريقة في الرعاية الكبرى . وهو ظاهر الرعاية الصغرى وتقدم نظيرها في مسألة خيار الشرط .

فائدة : لو اختلفا في قدر الأجل ، أو مضيه ـ ولا بينة ـ فالقول قول المدين مع يمينه في قدر الأجل على المذهب . ونقله حرب . وفيه احتمال ذكره في الرعاية ، وكذا في مضيه ، على الصحيح من المذهب . جزم به في المحرر وغيره . وصححه في الفروع .

وقيل : لا يقبل قوله . ويقبل قول المسلم إليه ـ وهو المدين ـ في مكان تسليمه . نقله حرب . وجزم به في الفروع ، وغيره .

قوله ﴿ أَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ إِلَيْهِ . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

قد تقدم ذكر الروايتين في خيار الشرط . وذكرنا الصحيح من المذهب هناك . فلا حاجة إلى إعادته .

فوائد

منها : لو جعل الأجل مقدراً بأشهر الروم ، كشباط ونحوه . وعيد لهم لا يختلف ، كالنيروز والمهرجان ونحوهما ، مما يعرفه المسلمون : صح . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف وغيره . واختاره القاضي وغيره . وقدمه في الكافي ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح . كالشعانين ، وعيد الفطير ونحوهما ، مما يجهله المسلمون غالباً .
وهو ظاهر كلام الخرقى ، وابن أبى موسى ، وابن عبدوس فى تذكرته ؛ حيث قالوا بالأهلة .

ومنها : لو قال : محله شهر كذا : صح . وتعلق بأوله . على الصحيح من المذهب .
وصححه فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع وغيره . وجزم به فى الرعاية الكبرى ، وغيره .

وقيل : لا يصح .

ومنها : لو قال : محله أول شهر كذا ، أو آخره : صح . وتعلق بأول جزء منه ، أو آخره . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا يصح . لأن أول الشهر يعبر به عن النصف الأول وكذا الآخر .
وهو احتمال فى التلخيص .

ومنها : لو قال – مثلا – إلى شهر رمضان : حل بأوله . هذا المذهب . جزم به الأصحاب .

قال فى القواعد الأصولية : ويتخرج لنا وجه : أنه لا يحل إلا بانقضائه .

ومنها : لو جعل الأجل – مثلاً – إلى جمادى ، أو ربيع ، أو يوم النفر ونحوه . مما يشترك فيه شيئان لم يصح . على الصحيح من المذهب . قدمه فى التلخيص والفروع .

وقيل : يصح . ويتعلق بأولهما . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح وغيرهم .

وأما إذا جعله إلى الشهر – وكان فى أثناء شهر – فيأتى حكمه فى أثناء باب الإجارة

قوله ﴿ وَإِذَا جَاءَهُ بِالسَّلَمِ قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَلاَ ضَرَرَ فِى قَبْضِهِ : لَزِمَهُ قَبْضُهُ وَإِلاَّ فَلاَ ﴾ .

هذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد . وجزم به فى المحرر ، والمستوعب

والوجيز ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعاية ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .

وقال فى الروضة : إن كان مما يتلف ، أو يتغير قديمه أو حديثه : لزمه قبضه . و إلا فلا .

وقطع القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم : أنه إن كان مما يتلف ، أو يتغير قديمه أو حديثه : لا يلزم قبضه للضرر . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

تنبيه : عبر المصنف ــ رحمه الله ــ بالسلم عن المسلم فيه . كما يعبر بالسرقة عن المسروق ، و بالرهن عن المرهون .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا : يلزمه قبضه ــ وامتنع منه ــ قيل له : إما أن تقبض حقك ، أو تبرىء منه . فإن أبى رفع الأمر إلى الحاكم . فيقبضه له .

قال فى الفروع : هذا المشهور . وجزم به فى الشرح هنا . وكذلك فى الكافى وقال المصنف ، والشارح أيضاً : إن أبى قبضه برىء . ذكراه فى المكفول به .

قال فى القاعدة الثالثة والعشرين : لو أتاه الغريم بدينه الذى يجب عليه قبضه . فأبى أن يقبضه ، قال فى المغنى : يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم ، لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته .

الثانية : وكذا الحكم فى كل دين لم يحل إذا أتى به قبل محله . ذكره فى الفروع وغيره .

ويأتى فى كلام المصنف فى باب الكتابة « إذا عجلها قبل محلها » .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ فِيهِ عَامَّ الْوُجُودِ فِي مَحِلِّهِ . فَإِنْ

كَانَ لاَيُوجَدُ فِيهِ ، أَوْ لاَيُوجَدُ فِيهِ إلاَّ نَادِرًا ـ كَالسَّلَمِ فِى العِنَبِ وَالرُّطَبِ إِلَى غَيْرِ وَقْتِهِ ـ لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ أَسْلَمَ فِى ثَمَرَةِ بُسْتَانٍ بِعَيْنِهِ ، أَوْ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ : لَمْ يصح ﴾

وكذا لو أسلم فى مثل هذا الثوب . وهذا المذهب فى ذلك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

ونقل أبو طالب ، وحنبل : يصح إن بدَا صلاحه ، أو استحصد . وقاله أبو بكر فى التنبيه : إن أمن عليها الجائحة .

قال الزركشى : قلت : وهو قول حسن . إن لم يحصل إجماع .

وقال فى الروضة : إن كانت الثمرة موجودة : فعنه يصح السلم فيها . وعنه لا . وعليها يشترط عدمه عند العقد .

تنبيه : مقتضى قول المصنف « الخامس : أن يكون المسلم فيه عام الوجود فى محله » أنه لايشترط وجوده حالة العقد . وهو كذلك . وكذلك لايشترط عدمه . على الصحيح من الوجهين . قاله ابن عبدوس المتقدم وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ إِلَى مَحَلٍّ يُوجَدُ فِيهِ عَامًّا ، فَانْقَطَعَ : خُيِّرَ بَيْنَ الصَّبْرِ وَالفَسْخِ ، وَالرُّجُوعِ بِرَأْسِ مَالِهِ ، أَوْ عِوَضِهِ ، إِنْ كَانَ مَعْدُومًا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وَفِى الآخَرِ : ينفسخ بِنَفْسِ التَّعَذُّرِ ﴾ .

اعلم أنه إذا تعذر كل المسلم فيه ، عند محله أو بعضه : إما لغيبة المسلم فيه ، أو لعجز عن التسليم ، أو لعدم حمل الثمار تلك السنة ، وما أشبهه . فالصحيح من المذهب : أنه مخير بين الصبر والفسخ فى الكل ، أو البعض . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم .

وصححه فى الكافى والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والهادى ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين والنظم ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : ينفسخ بنفس التعذر . وهو الوجه الثانى . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب

وقيل : ينفسخ فى البعض المتعذر . وله الخيار فى الباقى . قاله فى المحرر .

وقال فى المغنى ، والشرح ، والفروع ــ فيما إذا تعذر البعض ــ وقيل : ليس له الفسخ إلا فى الكل ، أو يصبر .

تنبيه : قال فى الفروع ، فى نقل المسألة : وإن تعذر أو بعضه . وقيل : أو انقطع وتحقق بقاؤه .

فذكر أنه إذا انقطع وتحقق بقاؤه يلزم بتحصيله على المقدم .

وذكر المصنف هنا : أنه لا يلزم بتحصيله إذا انقطع بلا خلاف .

فيحتمل أن يحمل على ظاهره . فيكون موافقاً للقول الضعيف .

ويحتمل أن يحمل الانقطاع فى كلام المصنف على التعذر . فيكون موافقاً للصحيح . وهو أولى .

قوله ﴿ السَّادِسُ : أَنْ يَقْبِضَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ فِى مَجْلِسِ العَقْدِ ﴾ .

نص عليه . وهذا بلا نزاع ، لكن وقع فى كلام القاضى فى الجامع الصغير : إن تأخر القبض اليومين أو الثلاثة : لم يصح .

فوائد

الأولى : لو قبض البعض ثم افترقا : بطل فيما لم يقبض . ولا يبطل فيما قبض على الصحيح من المذهب ، بناء على تفريق الصفقة . قاله أبو الخطاب والمصنف فى الكافى وغيرهما .

قال الزركشى : هذا المشهور .

قال الناظم : هذا الأقوى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره الشريف أبو جعفر ، وابن عبدوس فى تذكرته .

وعنه يبطل فى الجميع . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وصححه فى التصحيح فى باب الصرف . وأطلق المصنف وجهين فى باب الصرف . وكذلك صاحب التلخيص ، وأطلقهما هنا فى الهداية والمذهب .

الثانية : لو قبض رأس مال السلم ثم افترقا ، فوجده معيباً . فتارة يكون العقد قد وقع على عين . وتارة يكون قد وقع على مال فى الذمة ، ثم قبضه .

فإن كان وقع على عين ـ وقلنا : النقود تتعين بالتعيين ، وكان العيب من غير جنسه : بطل العقد . وإن قلنا : لاتتعين فله البدل فى مجلس الرد .

وإن كان العيب من جنسه فله إمساكه . وأخذ أرش عيبه ، أو رده وأخذ بدله فى مجلس الرد .

وإن كان العقد وقع على مال فى الذمة ثم قبضه . فتارة يكون العيب من جنسه . وتارة يكون من غير جنسه . فإن كان من جنسه : لم يبطل السلم ، على الصحيح من المذهب . وله البدل فى مجلس الرد . وإن تفرقا قبله بطل العقد . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم .

وعنه يبطل إن اختار الرد .

وإن كان العيب من غير جنسه . فسد العقد . على الصحيح من المذهب .

وأجرى المصنف وغيره فيه رواية بعدم البطلان ، وله البدل فى مجلس الرد ، على ماتقدم فى الصرف فليعاود .

الثالثة : لو ظهر رأس مال السلم مستحقاً بغصب أو غيره ، وهو معين ـ وقلنا : تتعين النقود بالتعيين ـ لم يصح العقد . وإن قلنا لاتتعين : كان له البدل فى مجلس الرد .

وإن كان العقد وقع فى الذمة فله المطالبة ببدله فى المجلس . وإن تفرقا بطل العقد إلا على رواية صحة تصرف الفضولى ، أو أن النقود لا تتعين .

وتقدم فى الصرف أحكام كهذه الأحكام . واستوفينا الكلام هناك بأتم من هذا . فليعاود . فإن أكثر أحكام الموضعين على حد سواء .

قوله ﴿ وَهَلْ يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مَعْلُومُ الصِّفَةِ وَالْقَدْرِ كَالْمُسْلَمِ فيه ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يشترط . وهو المذهب . جزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاويين . واختاره القاضى ، وغيره .

والوجه الثانى : لايشترط . ويكفى مشاهدته . وهو ظاهر كلام الخرقى . لأنه لم يذكره فى شروط السلم . وإليه ميل المصنف ، والشارح . وجزم به فى التلخيص . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

فعلى المذهب : لايجوز أن يجعل رأس مال السلم فيه مالا يمكن ضبطه بالصفة ، كالجواهر وسائر مالا يجوز السلم فيه . فإن فعل بطل العقد .

وتقدم : هل يصح السلم فى أحد النقدين والعروض ؟ عندذكر المغشوش من الأثمان .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْلَمَ ثمناً وَاحِداً فِى جِنْسَيْنِ : لَمْ يَجُزْ حَتَّى يُبَيِّنَ ثَمنَ كُلِّ جِنْسٍ ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه يصح قبل البيان . وهى تخريج وجه للمصنف والشارح من المسألة التى قبلها . وقال : الجواز هنا أولى .

قال الزركشى : ولهذه المسألة التفات إلى معرفة رأس مال السلم وصفته . ولعل الوجهين ثم من الروايتين هنا . انتهى .

وقد شمل كلام المصنف هذه المسألة ، حيث قال « وإن أسلم فى جنسين إلى أجل » وأطلقهما فى الفائق .

قوله ﴿ السَّابع : أَنْ يُسْلِمَ فِي الذِّمَّةِ . فإِنْ أَسْلَمَ فِي عَيْنٍ : لَمْ يصح ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ، وقطع به أكثرهم .

وقال فى الواضح : إن كانت العين حاضرة صح ، ويكون بيعاً بلفظ السلم . فيقبض ثمنه فيه .

فائدة : هذه الشروط السبعة هى المشترطة فى صحة السلم لاغير ، لكن هذه زائدة على شروط البيع المتقدمة فى كتاب البيع .

وذكر فى التبصرة أن الإيجاب والقبول من شروط السلم أيضاً .

قلت : هما من أركان السلم ، كما هما من أركان البيع . وليس هما من شروطه .

قوله ﴿وَلاَيُشْتَرَطُ ذِكْرُ مَكَانِ الإِيفَاءِ ، إِلاّ أَنْ يَكُونَ مَوْضِعَ العَقْدِ لاَ يُمْكِنُ الوَفَاءُ فِيهِ ، كَالبَرِّيَّةِ . فَيُشْتَرَطُ ذِكْرُهُ ﴾ .

إذا كان موضع العقد يمكن الوفاء فيه لم يشترط ذكر مكان الإيفاء . ويكون الوفاء فى موضع العقد ، على ما يأتى . وإن كان لا يمكن الوفاء فيه ـ كالبرية ، والبحر ، ودار الحرب ـ فالصحيح من المذهب : أنه يشترط ذكر مكان الوفاء وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الإرشاد ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، والبلغة ، وغيرهم .

وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وصححه فى النظم وغيره .

وقال القاضى : لا يشترط ذكره . ويوفى بأقرب الأماكن إلى مكان العقد .

قال شارح المحرر : ولم أجده فى كتب القاضى . وجزم به فى المنور . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، وقال . قلت : إذا كان مكان العقد لا يصلح للتسليم ـ أو

يصلح ، لكن لنقله مؤنة ـ وجب ذكر موضع الوفاء وإلا فلا . انتهى .

ولم يذكر المقدم فى المذهب .

قوله ﴿ وَيَكُونُ الوَفَاءِ فِى مَكَانِ العَقْدِ ﴾ .

يعنى إذا عقداه فى موضع يمكن الوفاء فيه . فإن شرط الوفاء فيه كان تأكيداً . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه لايصح هذا الشرط . ذكرها القاضى ، وأبو الخطاب . واختاره أبو بكر .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَهُ فِى غَيْرِهِ صَحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه لايصح . اختاره أبو بكر أيضاً فى التنبيه .

قال فى القاعدة الثالثة والسبعين : والمنصوص فساده فى رواية مهنا . وأطلقهما فى الكافى ، والقواعد .

فائدة : يجوز له أخذه فى غير موضع العقد فى غير شرط . إن رضيا به ، لا مع أجرة حمله إليه . قال القاضى : كأخذ بدل السلم .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ المسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وفى المبهج وغيره رواية : بأن بيعه يصح . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقال : هو قول ابن عباس رضى الله عنهما . لكن يكون بقدر القيمة فقط . لئلا يربح فيما لم يضمن .

قال : وكذا ذكره الإمام أحمد فى بدل القرض وغيره .

فعلى المذهب ـ فى جواز بيع دين الكتابة ، ورأس مال السلم بعد الفسخ ـ : وجهان . وأطلقهما فيهما فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والنظم . وأطلقهما فى دين الكتابة فى الفروع .

وأما رأس مال السلم : فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح بيعه بعد الفسخ . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع وغيره .

واختار القاضى فى المجرد وابن عقيل الجواز . وهو ظاهر ما جزم به فى المنور .

وأما بيع مال الكتابة ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح أيضاً . صححه فى الرعاية الكبرى فى باب القبض والضمان من البيوع . وصححه فى تصحيح المحرر . وقال : جزم به فى الهداية . ووافقه فى شرحها عليه . ولم يزد . انتهى .

وقيل : يصح . وهو ظاهر ما جزم به فى المنور .

قوله ﴿ وَلاَ هِبَتُه ﴾ .

ظاهره : أنه سواء كان لمن هو فى ذمته أو لغيره . فإن كانا لغير من هو فى ذمته ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح . وعليه الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

وعنه لا يصح . نقلها حرب . واختارها فى الفائق . وهو مقتضى اختيار الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وإن كان لمن هو فى ذمته ، فظاهر كلامه فى الوجيز وغيره : أنه لا يصح . وجزم به فى الرعاية الكبرى فى مكان .

والصحيح من المذهب : صحة ذلك ، وعليه جماهير الأصحاب . وقد نبه عليه المصنف فى كلامه في هذا الكتاب فى باب الهبة، حيث قال « وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه ، أو وهبه له ، أو أحله منه : برئت ذمته » .

فظاهره : إدخال دين السلم وغيره . وهو كذلك .

قال فى الفروع : ولا يصح هبة دين لغير غريم . ويأتى الكلام هناك بأتم من هذا وأعم .

قوله ﴿ وَلاَ أَخذُ غَيْرِهِ مَكَانَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وعنه يجوز أخذ الشعير عن البر . ذكرها ابن أبى موسى وجماعة . وحمل على أنهما جنس واحد .

وتقدم ذلك عند قول المصنف « وإن جاءه بجنس آخر لم يجز له أخذه » .

قوله ﴿ وَلاَ الحَوَالَةُ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقيل : يصح .

وفى طريقة بعض الأصحاب : تصح الحوالة على دين السلم ، وبدين السلم ، ويأتى ذلك فى باب الحوالة .

فعلى المذهب — فى صحة الحوالة على رأس مال السلم وبه بعد الفسخ — : وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح المحرر ، والزركشى .

أحدهما : لا يصح . قال فى الرعاية الكبرى — فى باب القبض والضمان فى البيع — ولا يصح التصرف مع المديون وغيره بحال فى دين غير مستقر قبل قبضه . وكذا رأس مال السلم بعد فسخه مع استقراره إذن .

وقيل : يصح تصرفه . انتهى .

والوجه الثانى : يصح . قال فى تصحيح المحرر : وهو أصح . على ما يظهر لى . ومستند عموم عبارات الأصحاب ، أو جمهورهم . لأن بعضهم اشترط فى الدين أن يكون مستقراً ، وبعضهم يقول : يصح فى كل دين عدا كذا . ولم يذكر هذا فى المستثنى . وهذا دين . فصحت الحوالة عليه على العبارتين . انتهى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ المُسْتَقِرِّ ﴾ .

من عين وقرض ، ومهر بعد الدخول ، وأجرة استوفى نفعها وفرغت مدتها ، وأرش جناية ، وقيمة متلف ونحو ذلك .

(لِمَنْ هُوَ فِي ذِمَّتِهِ) .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وصححه في النظم ، والحاوى الكبير ، وغيرهما . وقدمه في الفروع ، والمحرر ، وغيرهما . وقطع به ابن منجا ، وابن عبدوس في تذكرته ، وغيرهما .

وعنه لا يجوز . اختاره الخلال . وذكرها في عيون المسائل عن صاحبه أبي بكر ، كدين السلم . وأطلقهما في التلخيص .

وتقدم الخلاف في جواز بيع دين الكتابة قريبا .

تنبيه : يستثنى ـ على المذهب ـ إذا كان عليه دراهم من ثمن مكيل أو موزون باعه منه بالنسيئة . فإنه لا يجوز أن يستبدل عما في الذمة بما يشاركه المبيع في علة ربا الفضل . نص عليه ، حسما لمادة ربا النسيئة ، كما تقدم ذلك في كلام المصنف في آخر كتاب البيع .

ويستثنى أيضاً ما في الذمة من رأس مال السلم إذا فسخ العقد . فإنه لا يجوز الاعتياض عنه وإن كان مستقراً ، على الصحيح ، كما تقدم قريبا .

وقيل : يصح . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

فعلى المذهب ـ في أصل المسألة في جواز رهنه عند من عليه الحق له ـ: روايتان . ذكرهما في الانتصار في المشاع .

قلت : الأولى الجواز . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . حيث قالوا : يجوز رهن مايصح بيعه .

قوله ﴿ بِشَرْطِ أَنْ يَقْبِضَ عِوَضَهُ فِي الْمَجْلِسِ ﴾ .

إذا باع ديناً في الذمة مستقراً لمن هو في ذمته ـ وقلنا : بصحته ـ فإن كان مما لايباع به نسيئة ، أو بموصوف في الذمة : اشترط قبض عوضه في المجلس . بلا نزاع . وإن كان بغيرهما مما لا يشترط التقابض ـ مثل مالو قال : بعتك الشعير الذى في ذمتك بمائة درهم ، أو بهذا العبد ، أو الثوب ونحوه ـ فجزم المصنف

باشتراط قبض العوض فى المجلس أيضاً . وهو أحد الوجهين . جزم به ابن منجا فى شرحه . وقدمه فى الرعاية فى باب القبض والضمان .

قال فى التلخيص : وليس بشىء . انتهى .

والصحيح من المذهب : أنه لايشترط للصحة قبض العوض فى المجلس . قدمه فى المغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وغيرهم . وصححه فى النظم .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ لِغَيْرِهِ ﴾ .

يعنى لايجوز بيع الدين المستقر لغير من هو فى ذمته . وهو الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يصح . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال ابن رجب فى القاعدة الثانية والخمسين : نص عليه .

وقد شمل كلام المصنف مسألة بيع الصكاك . وهى الديون الثابتة على الناس تكتب فى صكاك . وهو الورق ونحوه .

قال فى القاعدة المذكورة : فإن كان الدين نقداً ، أو بيع بنقد : لم يجز بلا خلاف . لأنه صرف بنسيئة .

وإن بيع بعرض وقبضه فى المجلس ففيه روايتان : عدم الجواز . قال الإمام أحمد رحمه الله : وهو غرر . والجواز . نص عليها فى رواية حرب ، وحنبل ، ومحمد ابن الحكم . انتهى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ الإِقَالَةُ فِى السَّلَمِ ﴾ .

وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وعنه لايجوز . ذكرها ابن عقيل . وابن الزاغونى ، وصاحب الروضة .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : صحة الإقالة فى المسلم فيه . سواء قلنا : الإقالة فسخ أو بيع . وهو صحيح .

قال فى القواعد الفقهية : قيل : يجوز الإقالة فيه على الطريقتين . وهى طريقة الأكثرين . ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك .

وقيل : إن قيل هى فسخ : صحت الإقالة فيه . وإن قيل هى بيع : لم يصح . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب الروضة ، وابن الزاغونى . انتهى .

قلت : جزم بهذه الطريقة فى الرعاية الصغرى ، والحاويين . وقدمها فى الرعاية الكبرى . وتقدم ذلك فى فوائد الإقالة .

فائدة : لو قال فى دين السلم : صالحنى منه على مثل الثمن . فقال القاضى : يصح ويكون إقالة .

وقال ــ هو وابن عقيل ــ لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله . لأنه نفس حقه .

قال فى القاعدة التاسعة والثلاثين : فيخرج فى المسألة وجهان . إلتفاتاً إلى اللفظ والمعنى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ فِى بَعْضِهِ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والهادى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : يجوز . ويصح . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، والعمدة . وصححه فى الكافى ، والنظم ، والتصحيح ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وهو ظاهر ما اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى .

والرواية الثانية : لا يجوز ولا يصح . وصححه فى التلخيص ، وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والخلاصة ، والمستوعب .

قوله ﴿ إِذَا قَبَضَ رَأْسَ مَالِ السَّلَمِ أَوْ عِوَضَهُ ﴾ .

يعنى إذا تعذر ذلك فى مجلس الإقالة . يعنى يشترط ذلك فى الصحة . وهذا اختيار أبى الخطاب وغيره . وجزم به ابن منجا فى شرحه .

وقال : صرح به أصحابنا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والمستوعب . وصححه فى النظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والصحيح من المذهب : أنه لايشترط قبض رأس مال السلم ولا عوضه ، إن تعذر فى مجلس الإقالة . جزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

قال فى الفروع : وفى المغنى : لايشترط فى ثمن . لأنه ليس بعوض . ويلزم رد الثمن الموجود . فإن أخذ بدله ثمناً وهو ثمن فصرف ، وإلا فبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض .

قوله ﴿ وَإِذَا انْفَسَخَ العَقْدُ بِإِقَالَةٍ أَوْ غَيْرِهَا : لَمْ يَجُزْ أَنْ يَأْخُذَ عَنِ الثَّمَنِ عوضا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ .

قدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين . وجزم به ابن منجا فى شرحه .

وقيل : يجوز من غير جنسه . وهو ظاهر ماجزم به فى المستوعب .

وقال فى المغنى ، والشرح : إذا أقاله رد الثمن ، إن كان باقياً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن لم يكن مثليا .

فإن أراد أن يعطيه عوضا عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن فى عقد آخر حتى يقبضه .

وقال القاضى أبو يعلى : يجوز له أخذ العوض عنه . انتهيا .

وقال فى الفائق : يرجع برأس المال أو عوضه عند الفسخ . فإن كان من غير جنسه ففى جوازه وجهان .

وقال فى موضع آخر : إذا تقايلا السلم : لم يجز أن يشترى برأس المال شيئاً قبل قبضه نص عليه . ولا جعله فى سلم آخر .

وقال فى المجرد : يجوز الاعتياض حالا عنه قبل قبضه . انتهى .

وقال فى الرعاية الـكبرى ، فى الإقالة : ويقبض الثمن أو عوضه من غير جنسه فى مجلس الإقالة . وقيل : متى شاء .

وقيل : متى انفسخ بإقالة أو غيرها أخذ ثمنه الموجود .

وقيل : أو بدله من جنسه . وقيل : أو غيره قبل التفرق إن كانا ربويين .

وإن كان الثمن معدوماً أخذ قبل التفرق مثل المثلى . وقيل : أو بدله كغيره .

وقيل : لا يشترى بثمنه غيره قبل قبضه . نص عليه .

وقيل : يجوز أخذ عوضه . ولم يجز قبله سلما فى شىء آخر . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ سَلَمٌ ، وَعَلَيْهِ سَلَمٌ مِنْ جِنْسِهِ . فَقَالَ لِغَرِيمِهِ : اقْبِضْ سَلَمِي لِنَفْسِكَ ، فَفَعَلَهُ : لَمْ يَصِحَّ قَبْضُهُ لِنَفْسِهِ ﴾ .

لأن قبضه لنفسه حوالة به ، والحوالة بالسلم لا تجوز .

قوله ﴿ وَهَلْ يَقَعُ قَبْضُهُ لِلْآمِرِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا والفائق .

أحدهما : لا يقع قبضه للآمر . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : يقع قبضه للآمر . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

فعلى المذهب : يبقى المقبوض على ملك المسلم إليه .

فائدة : لو قال الأول للثانى : أحضر اكتيالى منه لأقبضه لك ، ففعل : لم يصح قبضه للثانى . ويكون قابضاً لنفسه على أولى الوجهين . قاله المصنف ، والشارح .

وقيل : لا يصح قبضه لنفسه أيضاً . وأطلقهما فى الرعاية الـكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اقبِضْهُ لِى ، ثُمَّ اقبِضْهُ لِنَفْسِكَ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وصححه فى الرعاية الكبرى ، والفروع ، وغيرهما .

وعنه لايصح . قال فى التلخيص : صار للآمر . وهل يصيرمقبوضاً له من نفسه ؟ على وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَقْبِضُهُ لِنَفْسِى ، وَخُذْهُ بِالْكَيْلِ الَّذِى تُشَاهِدُهُ فَهَلْ يَجُوزُ ؟ على روايتين ﴾.

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى فى الرهن .

إحداهما : يجوز ويصح . ويكون قبضاً لنفسه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس .

الثانية : لا يجوز ولايصح . ولا يكون قبضاً لنفسه . صححه فى النظم . واختاره أبو بكر ، والقاضى .

قال فى الفروع ، فى باب التصرف فى المبيع : وإن قبضه جزافا ، لعلمهما قدره : جاز . وفى المكيل روايتان . ذكره فى المحرر .

وذكر جماعة فيمن شاهد كيله قبل شرائه روايتين فى شرائه بلا كيل ثان .

وخصهما فى التلخيص بالمجلس ، وإلا لم يجز ، وأن الموزون مثله .

ونقل حرب وغيره : إن لم يحضر هذا المشترى المكيل فلا ، إلا بكيل .

وقال فى الانتصار : ويفرغه فى المكيال ثم يكيله . انتهى كلامه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ اكْتَالَهُ وَتَرَكَهُ فِى الْمِكْيَالِ ، وَسَلَّمَهُ إِلَى غَرِيمِهِ ، فَقَبَضَهُ : صَحَّ الْقَبْضُ لَهُمَا ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعاية ، والزركشى ، وغيرهم .

فوائد

منها : لو دفع إليه كيساً ، وقال له : استوف منه قدر حقك ، ففعل . فهل يصح ؟ على وجهين . بناء على قبض الموكل من نفسه لنفسه .

والمنصوص : الصحة فى رواية الأثرم . وهو المذهب . ويكون الباقى فى يده وديعة .

وعلى عدم الصحة : قدر حقه كالمقبوض على وجه السوم ، والباقى : أمانة . ذكره فى التلخيص .

وتقدم ذلك فى أحكام القبض فى آخر باب الخيار فى البيع .

ومنها : لو أذن لغريمه فى الصدقة بدينه الذى عليه عنه ، أو فى صرفه ، أو المضاربة به : لم يصح . ولم يبرأ . على الصحيح من المذهب .

وعنه يصح . بناه القاضى على شرائه من نفسه .

وبناه فى النهاية على قبضه من نفسه لموكله . وفيهما روايتان تقدمتا فى أحكام القبض من نفسه لموكله ، وتأتى المضاربة فى كلام المصنف فى الشركة .

وكذا الحكم لو قال : اعزله وضارب به .

ونقل ابن منصور : لا يجعله مضاربة ، إلا أن يقول : ادفعه إلى زيد ثم يدفعه إليك .

ومنها : لو قال : تصدق عنى بكذا . ولم يقل « من دينى » صح . وكان إقراضاً ، كما لو قال ذلك لغير غريمه . ويسقط من الدين بمقداره للمقاصة . قاله فى المحرر ، والفائق وغيرهما .

ومنها : مسألة المقاصة . وعادة المصنفين : بعضهم يذكرها هنا ، وبعضهم يذكرها فى أواخر باب الحوالة .

والمصنف ـ رحمه الله ـ لم يذكرها رأساً . ولكن ذكر مايدل عليها فى كتاب الصداق . وهو قوله « وإذا زوج عبده حرة ، ثم باعها العبد بثمن فى الذمة . تحول صداقها أو نصفه ، إن كان قبل الدخول ، إلى ثمنه » .

فنقول : من ثبت له على غريمه مثل ما له عليه قدراً وصفة وحالا ومؤجلاً ، فالصحيح من المذهب : أنهما يتساقطان ، أو يسقط من الأكثر قدر الأقل مطلقاً . جزم به فى المغنى ، والشرح فى هذه المسألة . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب المنور ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق وغيرهم . بل عليه الأصحاب .

وعنه لايتساقطان إلا برضاهما .

قال فى الفائق : وتتخرج الصحة بتراضيهما . وهو المختار .

وعنه يتساقطان برضى أحدهما .

وعنه لايتساقطان مطلقاً .

تنبيه : محل الخلاف : فى غير دين السلم . أما إن كان الدينان أو أحدهما دين سلم : امتنعت المقاصة ، قولاً واحداً . قطع به الأصحاب . منهم صاحب المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقال القاضى أبو الحسين فى فروعه : وكذلك لو كان الدينان من غير الأثمان

وقال فى المغنى ، والشرح : من عليها دين من جنس واجب نفقتها ، لم تحتسب به مع عسرتها . لأن قضاء الدين فيما فضل .

ومنها : لو كان أحد الدينين حالا والآخر مؤجلا : لم يتساقط . ذكره الشيرازى فى المنتخب ، والمصنف فى المغنى ، والشارح فى وطء المكاتبة . وذكره المصنف أيضاً ، والشارح فى مسألة الظفر

ومنها : لو قال لغريمه استلف ألفاً فى ذمتك فى طعام ، ففعل ، ثم أذن له فى

قضائه بالثمن الذى له عليه . فقد اشترى لغيره بمال ذلك الغير ، ووكله فى قضاء دينه بما له عليه من الدين .

ومنها : لو قال : أعط فلانا كذا : صح . وكان قرضاً .

وذكر فى المجموع والوسيلة فيه روايتى قضاء دين غيره بغير إذنه .

وظاهر التبصرة : يلزمه إن قال « عنى » فقط ، وإن قاله لغير غريمه : صح إن قال « عنى » وإلا فلا .

ونصر الشريف الصحة . وجزم به الحلوانى .

ومنها : لو دفع لغريمه نقداً ، ثم قال : اشتر به مالك على ، ثم اقبضه لك . صحا نص عليه .

قال فى الرعاية : وإن قال : اشتره لى ، ثم اقبضه لنفسك : صح الشراء . ثم إن قال : اقبضه لنفسك لم يصح قبضه لنفسه .

وفى صحة قبضه للموكل روايتان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية : صح الشراء دون القبض لنفسه .

وإن قال : اقبضه لى ، ثم اقبضه لك : صح . على الصحيح من المذهب . وعنه : لا يصح .

وإن قال : اشتر به مثل مالك علىَّ : لم يصح . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، وغيرهم .

قال فى الفروع : لم يصح . لأنه فضولى .

قال : ويتوجه فى صحته الروايتان فى التى قبلها .

ومنها : لو أراد قضاء دين عن غيره . فلم يقبله ربه ، أو أعسر بنفقة زوجته فبذلها أجنبى : لم يجبرا . وفيه احتمال كتوكيله ، وكتمليكه للزوج والمديون .

ومتى نوى مديون وفاء دين برىء ، وإلا فتبرع . وإن وفاه حاكم قهراً : كفت نيته إن قضاه من مديون .

وفى لزوم رب دين نية قبض دينه فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب عدم اللزوم .

و إن رد بدل عين فلا بد من النية . ذكره فى الفنون ، واقتصر عليه فى الفروع

تنبيه : عادة بعض المصنفين : ذكر مسألة قبض أحد الشريكين من الدين المشترك فى التصرف فى الدين . منهم صاحب المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وذكرها فى النظم ، والرعايتين ، والحاويين وغيرهم فى آخر باب الحوالة .

وذكرها المصنف ، والشارح فى باب الشركة .

فنذكرها هناك ، ونذكر ما يتعلق بها من الفروع إن شاء الله تعالى .

وعادة المصنفين أيضاً : ذكر مسألة البراءة من الدين ، والبراءة من المجهول : هنا . ولم يذكرهما المصنف هنا . وذكر البراءة من الدين فى باب الهبة . فنذكرها هناك وما يتعلق بها من الفروع إن شاء الله تعالى .

قوله ﴿ وَإِنْ قبضَ المُسْلَمَ فِيهِ جُزَافاً فَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِى قَدْرِهِ ﴾ .

متى قبضه جزافاً ، أو ما هو فى حكم المقبوض جزافاً : أخذ منه قدر حقه ، و يرد الباقى إن كان . و يطالب بالبعض إن كان .

وهل له أن يتصرف فى قدر حقه بالكيل قبل أن يعتبره كله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : يصح التصرف فى قدر حقه منه . قدمه ابن رزين فى شرحه عند كلام الخرقى فى الصبرة .

والوجه الثانى : لا يجوز ، ولا يصح . وهو ظاهر ما جزم به فى الرعاية الكبرى ، والحاوى الكبير وجزم به القاضى فى المجرد .

ولو اختلفا فى قدر ما قبضه جزافاً ، فالقول قول القابض بلا نزاع .

لكن هل يده يد أمانة ، أو بضمنه لمالكه ، لأنه قبضه على أنه عوض عما له ؟ فيه قولان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب أنه يضمنه :

ثم إنه فى الكافى علل القول بجواز التصرف فى قدر حقه بأنه قدر حقه ، وقد أخذه ودخل فى ضمانه .

وقال فى التلخيص : لو دفع إليه كيساً ، وقال : اتزن منه قدر حقك : لم يكن قابضاً قدر حقه قبل الوزن . و بعده فيه الوجهان .

وعلى انتفاء الصحة : يكون فى حكم المقبوض للسوم ، والكيس و بقية مافى يده أمانة كالوكيل .

وفى طريقة بعض الأصحاب ، فى ضمان الرهن : لو دفع إليه عينا . وقال : خذ حقك منها ، تعلق حقه بها ، ولا يضمنها إذا تلفت .

قال : ومن قبض دينه ثم بان لا دين له : ضمنه .

قال : ولو اشترى به عيناً ، ثم بان لا دين له بطل البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَبَضَهُ كَيْلاً أَوْ وَزْناً ، ثُمَّ ادَّعَى غَلَطًا : لَمْ يُقْبَلْ قَولُه فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والمغنى ، والكافى والمذهب الأحمد ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يقبل . صححه فى التصحيح .

قال فى الخلاصة : لم يقبل فى الأصح .

قال فى تجريد العناية : لا يقبل قوله فى الأظهر . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : يقبل قوله إذا ادعى غلطاً ممكنا عرفا . صححه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وتصحيح المحرر . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى إدراك الغاية .

قلت : والنفس تميل إلى ذلك ، مع صدقه وأمانته .

فائدة : وكذا حكم ماقبضه من مبيع غيره ، أو دين آخر ، كقرض وثمن مبيع وغيرهما ، خلافاً ومذهباً . قاله فى الرعاية وغيرها .

قوله ﴿ وَهَلْ يَجُوزُ الرَّهْنُ وَالكَفِيلُ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والهادى ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وأطلقهما فى المحرر فى الرهن وفى الكفيل فى بابه . وأطلقهما فى المستوعب ، والكافى ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، والحاوى الكبير فى الكفيل فى بابه .

إحداهما : لا يجوز . وهو المذهب . جزم به الخرقى ، وابن البنا فى خصاله وصاحب المبهج ، والإيضاح ، وناظم المفردات .

قال فى الخلاصة : لايجوز أخذ الرهن ، ولا كفل به على الأصح .

واختاره أبو بكر فى التنبيه ، وابن عبدوس تلميذ القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وإليه ميل الشارح . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين فى هذا الباب ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وإدراك الغاية وغيرهم . وهو من مفردات المذهب .

والرواية الثانية : يجوز ويصح . نقلها حنبل . وصححه فى التصحيح ، والرعاية ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . واختاره المصنف . وحكاه القاضى فى روايتيه عن أبى بكر .

قال الزركشى : وهو الصواب . قال : وفى تعليلهم على المذهب نظر .

قال الناظم : هذا الأولى .

قال الأدمى فى منتخبه : ويصح الرهن فى السلم .

فعلى المذهب : لا يجوز الرهن برأس مال السلم . قدمه فى المستوعب ،

والرعايتين ، والحاويين . وعزاه المجد فى شرحه إلى اختيار القاضى فى المجرد فى أول الرهن . نقله فى تصحيح المحرر .

وعنه : يجوز ويصح . صححه فى الرعاية الكبرى فى آخر باب السلم .

وقال فى باب الرهن : ويصح الرهن برأس مال السلم على الأصح .

قال فى الوجيز : ويجوز شرط الرهن والضمين فى السلم ، والقرض . وأطلقهما فى التلخيص ، والترغيب .

وحكى فى الفروع كلام صاحب الترغيب واقتصر عليه .

باب القرض

فائدتان

إحداهما : يشترط فى صحة القرض : معرفة قدره بقدر معروف ووصفه . ويأتى قرض الماء ، وأن يكون المقرض ممن يصح تبرعه . ويأتى : هل للولى أن يقرض من مال المولَّى عليه ؟ .

الثانية : « القرض » عبارة عن دفع مال إلى الغير لينتفع به ويرد بدله . قاله شارح المحرر .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ فِى كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا إِلاَّ بَنِى آدَمَ وَالْجَوَاهِرِ وَنَحْوِهِمَا مِمَّا لاَ يَصِحُّ السَّلَمُ فِيهِ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فِيهِمَا ﴾ .

أما قرض بنى آدم : فأطلق المصنف فى صحة قرضه وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والكافى ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب . وصححه فى التصحيح .

قال فى تجريد العناية : لا يصح قرض آدمى فى الأظهر . واختاره القاضى

وغيره . وجزم به فى المذهب الأحمد ، والوجيز ، ونهاية ابن رزين ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، ومنتخب الأزجى . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني : يصح مطلقاً .

وقيل : يصح فى العبد دون الأمة . وهو ضعيف . وقدمه فى النظم . وأطلقهن فى الشرح ، والفائق .

وقيل : يصح فى الأمة إذا كانت غير مباحة للمقترض .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : يصح قرض الأمة لمحرمها . وجزم بأنه لايصح لغير محرمها .

وأما قرض الجواهر ونحوها مما يصح بيعه ، ولا يصح السلم فيه : فأطلق المصنف فى صحته وجهين . وأطلقهما في المذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح . اختاره القاضى فى المجرد ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وتجريد العناية . وصححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر .

فعليه : يرد المقترض القيمة على ما يأتى .

والوجه الثانى : لا يصح . جزم به فى المنور ، وتذكرة ابن عبدوس ، ومنتخب الأدمى ، والمذهب الأحمد . وصححه فى النظم . وقدمه فى الخلاصة ، وشرح ابن رزين ، والرعايتين . واختاره أبو الخطاب فى الهداية .

قال فى التلخيص : أصل الوجهين فى المتقومات : القيمة أو المثل ، على روايتين يأتيان .

فائدة : قال فى الفروع : ومن شأن القرض : أن يصادف ذمة لا على ما يحدث . ذكره فى الانتصار .

وفى الموجز : يصح قرض حيوان ، وثوب لبيت المال ، ولآحاد المسلمين .

فعلى الأول : لا يصح قرض جهة ، كالمسجد والقنطرة ونحوه مما لا ذمة له .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « ويصح فى كل عين يجوز بيعها » أنه لا يصح قرض المنافع . لأنها ليست بأعيان .

قال فى الانتصار : لا يجوز قرض المنافع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب حيث قالوا : ما صح السلم فيه صح قرضه ، إلا ما استثنى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز قرض المنافع ، مثل أن يحصد معه يوماً ويحصد معه الآخر يوماً ، أو يسكنه الآخر دارا ليسكنه الآخر بدلها .

الثانى : ظاهر قوله ﴿ وَيَثْبُتُ الْمِلْكُ فِيهِ بِالْقَبْضِ ﴾ .

أنه لا يثبت الملك فيه قبل قبضه . وهو أحد الوجهين . جزم به المصنف فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن المنجا . قال فى الهداية : والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر وغيرهم . ويملكه المقترض بقبضه . انتهوا .

والصحيح من المذهب : أنه يتم بقبوله ، ويملكه بقبضه .

قال فى الفروع : ويتم بقبوله . قال جماعة : ويملك .

وقيل : يثبت ملكه بقبضة كهبة . وله الشراء من مقترضه . نقله مهنا . انتهى

قال فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس وغيرهم : ويتم بالقبول . ويملكه بقضبه .

وقال فى القاعدة التاسعة والأربعين : القرض ، والصدقة ، والزكاة وغيرها فيه طريقان .

أحدهما : لا يملك إلا بالقبض ، رواية واحدة . وهى طريقة المجرد ، والمبهج . ونص عليه فى مواضع .

والثانية : لا يملك المبهم بدون القبض ، ويملك المعين بالقبض . وهى طريقة القاضى فى خلافه ، وابن عقيل فى مفرداته ، والحلوانى ، وابنه ، إلا أنهما حكيا فى المعين روايتين . انتهى .

وأما اللزوم : فإن كان مكيلا أو موزونا ،فبكيله أو وزنه . وإن كان غير ذلك ففيه روايتان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : حكم المعدود والمذروع : حكم المكيل والموزون . والصحيح : أنه لايلزم إلا بالقبض .

وجزم فى التلخيص أنه يجوز التصرف فيه إذا كان معينا .

وكذا جزم به فى الرعاية الكبرى فى باب القبض والضمان .

قوله ﴿ فَلاَ يَمْلِكُ الْمُقْرِضُ اسْتِرْجَاعَهُ . وَلَهُ طَلَبُ بَدَلِهِ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدَّهُ الْمُقْتَرِضُ عَلَيْهِ لَزِمَهُ قَبُولَه ﴾ .

إن كان مثليا لزمه قبوله . بلا نزاع . وإن كان غير مثلى ، فظاهر كلام المصنف : أنه يلزمه قبوله أيضاً . وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والنظم ، ومنتخب الأدمى وغيرهم . لإطلاقهم الردّ .

قال شارح المحرر : وأصحابنا لم يفرقوا بينهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين .

وقيل : لا يلزمه قبوله ، لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين . فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه . وهو ظاهر كلامه فى المحرر وغيره .

قال شارح المحرر : ولم أجد ما قال فى كتاب آخر . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن له رده ، سواء رخص السعر أو غلا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يلزمه القيمة إذا رخص السعر .

قوله ﴿ مَالَمْ يَتَعَيَّبْ ، أَوْ يَكُنْ فُلُوسًا ، أَوْ مُكَسَّرَةً . فَيُحَرِّمُها السُّلْطَانُ ﴾ .

فالصحيح من المذهب : أن له القيمه أيضاً ، سواء اتفق الناس على تركها أو لا . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به كثير منهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين .

وقال القاضى : إن اتفق الناس على تركها فله القيمة . وإن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها ، لزمه أحدها .

قوله ﴿ فَيَكُونُ لَهُ القِيمَةُ وَقْتَ القَرْضِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الإرشاد ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، والوجيز ، وشرح ابن رزين ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره .

وقيل : له القيمة وقت تحريمها . قاله أبو بكر فى التنبيه .

وقال فى المستوعب : وهو الصحيح عندى .

قال فى الفروع وغيره : والخلاف فيما إذا كانت ثمناً .

وقيل : له القيمة وقت الخصومة .

فائدتان

إحداهما : قوله « فيكون له القيمة » اعلم أنه إذا كان مما يجرى فيه ربا الفضل .

فإنه يعطى مما لايجرى فيه الربا . فلو أقرضه دراهم مكسرة ، فحرمها السلطان : أعطى قيمتها ذهباً ، وعكسه بعكسه . صرح به فى الإرشاد ، والمبهج . وهو واضح .

قال فى الفروع : فله القيمة من غير جنسه .

الثانية : ذكر ناظم المفردات هنا مسائل تشبه مسألة القرض . فأحببت أن أذكرها هنا لعظم نفعها ، وحاجة الناس إليها . فقال :

والنقد فى المبيع حيث عُينا ... وبعد ذا كسادهُ تبينا
نحو الفلوس ، ثم لايعامل ... بها . فمنه عندنا لايقبل
بل قيمة الفلوس يوم العقد ... والقرض أيضاً . هكذا فى الرد
ومثله من رام عود الثمن ... برده المبيع . خذ بالأحسن
قد ذكر الأصحاب ذا فى ذى الصور ... والنص فى القرض عيانا قد ظهر
والنص فى القيمة فى بطلانها ... لافى ازدياد القدر أو نقصانها
بل إن غلت فالمثل فيها أحرى ... كدانق عشرين صار عشرا
والشيخ فى زيادة أو نقص ... مثلا كقرض فى الغلا والرخص
وشيخ الإسلام فتى تيميَّة ... قال : قياس القرض عن جلية
الطرد فى الديون كالصداق ... وعوض فى الخلع والإعتاق
والغصب والصلح عن القصاص ... ونحو ذا طُراً بلا اختصاص
قال: وفيه جاء فى الدين نص مطلق ... حرره الأثرم ، إذ يحقق
وقولهم : إن الكساد نقصاً ... فذاك نقص النوع عابت رخصا
قال : ونقص النوع ليس يعقل ... فيما سوى القيمة ، ذا لايجهل
وخرج القيمة فى المثلى ... بنقص نوع ليس بالخفى
واختاره ، وقال عدل ماضى ... خوف انتظار العسر بالتقاضى
لحاجة الناس إلى ذى المسألة ... نظمتها مبسوطة مطولة

قوله ﴿ وَيَجِبُ رَدُّ المِثْلِ فِي المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ ، وَالقِيمَةِ فِي الجَواهِرِ ونحوها ﴾ .

يجب رد المثل فى المكيل والموزون بلا نزاع ، لكن لو أعوز المثل فيهما لزمه قيمته يوم إعوازه . ذكره الأصحاب .

وقال فى المستوعب : ولو اقترض حنطة ، فلم تكن عنده وقت الطلب ، فرضى بمثل كيلها شعيراً : جاز . ولا يجوز أخذ أكثر .

وأما الجواهر ونحوها : فيجب رد القيمة على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم يوم قبضه .

وقيل : يجب رد مثله جنسا وصفة وقيمة .

قوله ﴿ وَفيما سِوَى ذَلِكَ ﴾ .

يعنى فى المذروع والمعدود ، والحيوان ونحوه ﴿ وجهان ﴾ وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية .

أحدهما : يرد بالقيمة . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، ونهاية ابن رزين ، ومنتخب الأدمى ، والتسهيل ، والمذهب الأحمد . وقدمه فى الخلاصة ، والهادى ، وشرح ابن رزين ، والرعايتين ، والزبدة .

والوجه الثانى : يجب رد مثله من جنسه بصفاته . وإليه ميله فى الكافى ، والمغنى ، والشرح . وهو ظاهر كلامه فى العمدة .

فعلى الأول : يرد القيمة يوم القرض . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، والفروع ، وغيرهم .

وعلى الثانى : يعتبر مثله فى الصفات تقريباً . فإن تعذر المثل : فعليه قيمته يوم التعذر .

فائدتان

إحداهما : لو اقترض خبزاً أو خميراً عدداً ، ورد عدداً بلاقصد زيادة : جاز ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله تعالى .

وعنه : بل مثله وزناً . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

وقال فى الرعاية : وقيل يرد مثله عددا ، مع تحرى التساوى والتماثل ، بلا وزن ولا مواطأة

الثانية : يصح قرض الماء كيلا . ويصح قرضه للسقى ، إذا قُدِّر بأنبوبة . ونحوها . قاله فى الرعايتين ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس .

وسأله أبو الصقر عن عين بين أقوام لهم نوائب فى أيام : يقترض الماء من صاحب نوبة الخميس للسقى به ، ويرد عليه يوم السبت ؟ قال : إذا كان محدوداً ، يعرف كم يخرج منه ، فلا بأس . وإلا أكرهه .

قوله ﴿ وَيَثْبُتُ الْقَرْضُ فِى الذِّمَّةِ حَالاًّ ، وَإِنْ أَجَّلَه ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية يوسف بن موسى ، وأخيه الحسين . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

واختار الشيخ تقى الدين : صحة تأجيله ، ولزومه إلى أجله ، سواء كان قرضاً أو غيره . وذكره وجها .

قلت : وهو الصواب . وهو مذهب مالك ، والليث . وذكره البخارى فى صحيحه عن بعض السلف .

وقال فى الرعاية : وقيل : إن كان دينه من قرض أو غصب : جاز تأجيله إن رضى .

وخرج رواية من تأجيل العارية ، ومن إحدى الروايتين فى صحة إلحاق الأجل والخيار بعد لزوم العقد .

فائدة : وكذا الحكم فى كل دين حل أجله : لم يصر مؤجلا بتأجيله .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : يحرم التأجيل . على الصحيح من المذهب . قطع به أبو الخطاب وغيره . وصححه فى الفروع .

قال الإمام أحمد رحمه الله : القرض حال . وينبغى أن يفى بوعده .

وقيل : لايحرم تأجيله . وهو الصواب .

ويأتى آخر الباب وجوب أداء ديون الآدميين على الفور فى الجملة .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ شَرْطُ مَا يَجُرُّ نَفْعاً ، نحو أَنْ يُسْكِنَهُ دارَهُ ، أَوْ يَقْضِيَهُ خَيْرًا مِنْهُ ، أَوْ فى بَلَدٍ آخرَ ﴾ .

أما شرط مايَجُرُّ نفعاً ، أو أن يقضيه خيراً منه : فلا خلاف فى أنه لايجوز .

وأما إذا شرط أن يقضيه ببلد آخر : فجزم المصنف هنا : أنه لايجوز . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو الصحيح . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين ، والهداية ، والمستوعب .

قال المصنف هنا ﴿ ويَحْتَمِلُ جوازَ هذا الشَّرْطِ ﴾ وهو عائد إلى هذه المسألة فقط . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره المصنف ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وصححه فى النظم ، والفائق . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى .

وأطلق المصنف الجواز فيما إذا لم يكن لحمله مؤنة ، وعدمه فيما لحمله مؤنة . وأطلقهما فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

وعنه الكراهة إن كان لبيع .

وعنه لابأس به على وجه المعروف .

فعلى الأول ، فى فساد العقد : روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والتلخيص ،

والفروع ، والرعايتين ، والحاويين . وجزم ابن عبدوس فى تذكرته بالفساد .

قلت : الأولى عدم الفساد .

فائدة : لو أراد إرسال نفقة إلى أهله ، فأقرضها رجلا ليوفيها لهم : جاز . وقيل : لا يجوز . ذكره فى الرعاية الصغرى وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، أَوْ قَضَى خَيْرًا مِنْهُ ﴾ يعنى بغير مواطأة نص عليه ﴿ أَوْ أَهْدَى لَهُ هَدِيَّةً بَعْدَ الوَفَاءِ ، جَازَ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . قال فى الفروع : صح على الأصح . وكذا قال فى الخلاصة ، والنظم . وصححه فى الثانية والثالثة فى الفائق . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وجزم به فى المذهب ، والفائق فيما إذا فعله بغير شرط . وقدمه فى الجميع فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

وعنه لا يجوز . وأطلقهما فى التلخيص . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب فيما إذا أهدى له هدية بعد الوفاء ، أو زاده .

وجزم الحلوانى أن يأخذ أجود مع العادة .

فائدتان

إحداهما : لو علم أن المقترض يزيده شيئاً على قرضه ، فهو كشرطه . اختاره القاضى . وجزم به فى الحاوى الصغير . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : يجوز . اختاره المصنف ، والشارح .

وفى الحاوى الكبير ، وقالوا : لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام كان معروفاً بحسن الوفاء . فهل يسوغ لأحد أن يقول : إن إقراضه مكروه ؟ وعللوه بتعليل جيد . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قلت : وهو الصواب . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى الفائق ، والفروع .

وقيل : إن زاد مرة فى الوفاء ، فزيادة مرة ثانية محرمة . ذكره فى النظم .

الثانية : شرط النقص كشرط الزيادة . على الصحيح من المذهب . جزم به في المغنى ، والشرح ، والحاويين وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

وقيل : يجوز . قال فى الفروع : ويتوجه أنه فيما لاربا فيه .

قلت : قال المصنف ، والشارح : وإن شرط فى القرض أن يوفيه أنقص ، وكان مما يجرى فيه الربا : لم يجز ، وإن كان فى غيره : لم يجز أيضاً .

وقال ابن رزين فى شرحه : وإن شرط أن يوفيه أنقص ، وهو مما يجرى فيه الربا : لم يجز ، وإلا جاز . وقيل : لا يجوز .

فائدة : لو أقرض غريمه ليرهنه على ماله عليه وعلى المقرض : ففى صحته روايتان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والمستوعب .

قال فى الحاوى الكبير : لو قال صاحب الحق : أعطنى رهنا ، وأعطيك مالاً تعمل فيه وتقضينى : جاز . وكذا قال أيضاً فى الرعاية الكبرى . وجزم به فى موضع .

قوله ﴿ وَإِنْ فَعَلَهُ قَبْلَ الوَفَاءِ لَمْ يَجُزْ ، إلاَّ أَنْ تَكُونَ العَادَة جَارِيَةً بينهما قَبْلَ القَرْضِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وعنه : يجوز .

تنبيه : قوله « لم يجز » يعنى لم يجز أخذه مجاناً . فأما إذا نوى احتسابه من دينه ، أو مكافأته : جاز . نص عليه . وكذلك الغريم . فلو استضافه حسب له ما أكله . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه لايحسب له .

قلت : ينبغى أن ينظر . فإن كان له عادة بإطعام من أضافه لم يحسب له وإلا حسب .

قال فى الفروع : وظاهر كلامه : أنه فى الدعوات كغيره .

فوائد

منها : لو أقرض لمن له عليه دين ليوفيه كل وقت شيئاً : جاز . نقله مهنا ، وجزم به المصنف وغيره .

ونقل حنبل : يكره . واختاره فى الترغيب .

ومنها : لو أقرض فلاحه فى شراء بقراً و بذر بلا شرط : حرم عند الإمام أحمد . واختاره ابن أبي موسى . وجوزه المصنف . وصححه فى النظم ، والرعاية الصغرى . وقدمه فى الفائق ، والرعاية الـكبرى .

و إن أمره ببذره ، وأنه فى ذمته ـ كالمعتاد فى فعل الناس ـ ففاسد . له تسمية المثل . ولو تلف لم يضمنه . لأنه أمانة . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ومنها : لو أقرض من عليه بر يشتريه به و يوفيه إياه . فقال سفيان : مكروه أمْرٌ بَيِّنٌ .

قال الإمام أحمد رحمه الله : جَوَّد .

وقال فى المستوعب : يكره . وقال فى المغنى ، والشرح : يجوز .

ومنها : لو جعل له جعلا على اقتراضه له لجاهه : صح . لأنه فى مقابلة ما بذله من جاهه فقط . ولو جعل له جعلا على ضمانه له : لم يجز . نص عليهما . لأنه ضامن . فيكون قرضاً جر منفعة . ومنع الأزجى فى الأولى أيضا .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقْرَضَهُ أَثْمَانًا ﴾ وكذا لو غصبه أثمانا ﴿ فَطَالَبَه بِهاَ بِبَلَدٍ آخَرَ : لَزِمَتْهُ ﴾ .

مراده : إذا لم يكن لحملها على المقترض مؤنة . فلو أقرضه أثماناً كثيرة ، ولحملها مؤنة على المقترض ، وقيمتها فى بلد القرض أنقص : لم يلزمه ، بل يلزمه إذن قيمته فيه فقط .

وقولى « ولحملها مؤنة » قدمه فى الفروع . وأطلق أكثر الأصحاب لزوم الرد فى الأثمان . كالمصنف هنا .

وصرح فى المستوعب : أن الأثمان لا مؤنة لحملها .

والظاهر : أنهم أرادوا فى الغالب . والتحقيق ما قاله فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقْرَضَهُ غَيْرَهَا : لَمْ تَلْزَمْهُ . فَإِنْ طَالَبَهُ بِالقِيمَةِ لَزِمَهُ أَدَاؤُهَا ﴾ .

ظاهره : أنه سواء كان لحمله مؤنة أو لا . أما إن كان لحمله مؤنة : فلا يلزمه . و إن كان ليس لحمله مؤنة ، فظاهر كلامه : أنه لا يلزمه أيضاً . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والصحيح من المذهب : أن حكمه حكم الأثمان . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم . وهو مراد المصنف هنا . وكلامه جار على الغالب .

تنبيه : ذكر المصنف ، والشارح ، وصاحب الخلاصة ، وجماعة : ما لحمله مؤنة لا يلزم المقترض بذله ، بل قيمته . وما ليس له مؤنة يلزمه .

وذكر صاحب النظم ، والرعايتين ، والوجيز ، والفائق وغيرهم ـ وقدمه فى الفروع ـ : لو طلب المقرض من المقترض بدله فى بلد آخر : لزمه ، إلا إذا كان لحمله مؤنة إذا كان ببلد المقرض أنقص قيمة . فلا يلزمه سوى قيمته فيه .

قال شارح المحرر : إن لم يكن لحمله مؤنة ـ وهو فى بلد القرض بمثل ثمنه ، أو أعلى منه فى ذلك البلد ـ لزمه رد بدله . و إن كان لحمله مؤنة ، فإن كان فى بلد القرض أقل قيمة : لم يجب رد البدل ، ووجبت القيمة ، وإن كان فى بلد القرض بمثل قيمته ، أو أكثر أمكنه أن يشترى فى بلد المطالبة مثلها ويردها عليه .

فوائد

أحدها : أداء ديون الآدميين واجب على الفور عند المطالبة . قطع به الأصحاب ، و بدون المطالبة لا يجب على الفور . على الصحيح من المذهب .

قال فى القواعد الأصولية : هذا المذهب . وقاله أبو المعالى ، والسامرى ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع فى أول الفلس .

قال الشيخ زين الدين بن رجب : محل هذا : إذا لم يكن عين له وقتا للوفاء . فأما إن عين له وقتا للوفاء ـ كيوم كذا ـ فلا ينبغى أن يجوز تأخيره . لأن تعين الوفاء فيه كالمطالبة .

قال فى القواعد الأصولية ، قلت : وينبغى أن يكون محل جواز التأخير : إذا كان صاحب المال عالماً بأنه يستحق فى ذمته الدين . وأما إذا لم يكن يعلم فيجب إعلامه . انتهى .

والوجه الثاني : يجب على الفور من غير مطالبة . قاله القاضى فى الجامع ، والمصنف فى المغنى فى قسم الزوجات : أنه يجب على الفور . ذكراه محل وفاق .

الثانية : لو بذل المقترض للمقرض ماعليه من الدين فى بلد آخر . فلا يخلو : إما أن يكون لحمله على المقرض مؤنة ، أو لا . فإن كان لحمله مؤنة : لم يلزم المقرض أخذها . وإن لم يكن لحمله مؤنة ، فلا يخلو : إما أن يكون البلد والطريق آمنان[1] أولا . فإن كانا آمنين : لزمه أخذه . بلا نزاع .

قلت : لو قيل : بعدم اللزوم لم يكن بعيداً . لأنه قد يتجدد عدم الأمن ، وإن كانا غير آمنين لم يلزمه أخذه .

الثالثة : لو بذل الغاصب بدل المغصوب التالف فى غير بلد المغصوب منه . فحكمه حكم بذل المقترض للمقرض فى بلده . على ماتقدم . وإن كان غير تالف . لم يجبر على قبضه مطلقاً .

---

(١) كذا بخط المصنف « آمنان »

باب الرهن

فوائد

إحداها : «الرهن» عبارة عن توثقة دين بعين يمكن أخذه من ثمنها إن تعذر الوفاء من غيره . قال الزركشي : توثقة دين بعين أو بدين على قول .

الثانية : «المرهون» عبارة عن كل عين جعلت وثيقة بحق يمكن استيفاؤه منها .

الثالثة : لا يصح الرهن بدون إيجاب وقبول . أو مايدل عليهما .

قال فى الرعاية ـ من عنده ـ وتصح بالمعاطاة .

الرابعة : لابدمن معرفة الرهن ، وقدره ، وصفته ، وجنسه . قاله فى الرعاية .

الخامسة : يصح أخذ الرهن على كل دين واجب فى الجملة . وهنا مسائل فيها خلاف .

منها : دين السلم . وقد تقدم الخلاف فيه . والصحيح من المذهب .

ومنها : الأعيان المضمونة ، كالمغصوب ، والعوارى ، والمقبوض على وجه السوم ، أو فى بيع فاسد . وفى صحة أخذ الرهن عليها وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لايصح . قال فى الكافى : هذا قياس المذهب . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قال فى الفائق ، قلت : وعليه يخرج الرهن على عوارى الكتب للوقف ونحوها

والوجه الثانى : يصح أخذ الرهن بذلك .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

قلت : وهو أولى .

وأما رهن هذه الأشياء : فيصح بلا نزاع .

ومنها : الدية التى على العاقلة قبل الحول . فنى صحة أخذ الرهن عنها وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب . جزم به فى الكافى ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يصح .

قال فى الرعاية ، وقيل : يصح إن صح الرهن بدين قبل وجوبه . انتهى .

وأما بعد الحول : فيصح قولا واحداً .

ومنها : دين الكتابة . وفيه وجهان . وفى الموجز : روايتان .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح المحرر ، والزبدة .

أحدهما : لا يصح أخذ الرهن به . وهو المذهب . جزم به فى الكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والمحرر ، وشرحه ، والبلغة ، وتذكرة ابن عقيل ، والإيضاح ، وتذكرة ابن رزين ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يصح .

وقيل : إن جاز أن يعجز المكاتب نفسه : لم يصح . وإلا صح .

ومنها : هل يجوز أخذ الرهن على الجعل فى الجعالة قبل العمل ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والنظم .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والكافى ، والمغنى ، والشرح . وقالا : هذا أولى .

والوجه الثانى : يصح . وهو احتمال القاضى .

وأما بعد العمل : فيصح أخذ الرهن قولا واحداً .

ومنها : هل يصح أخذ الرهن على عوض المسابقة ؟ فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح . وقطع به كثير من الأصحاب ، لأنها جعالة . ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب .

وقال بعض الأصحاب : فيها وجهان . هل هي إجارة ، أو جعالة ؟ .

فإن قلنا : هي إجارة . صح أخذ الرهن بعوضها .

وقال القاضي : إن لم يكن فيها محلل ، فهي جعالة . وإن كان فيها محلل ، فعلى وجهين .

قال المصنف ، والشارح : وهذا كله بعيد . ذكروه في آخر السلم .

السادسة : لا يصح الرهن بعهدة المبيع ، ولا بعوض غير ثابت في الذمة . كالثمن المعين ، والإجارة المعينة في الإجارة ، والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينة . مثل إجارة الدار ، والعبد المعين ، والجمل المعين مدة معلومة ، أو لحمل شيء معين إلى مكان معلوم .

فأما إن وقعت الإجارة على منفعة في الذمة . كخياطة ثوب وبناء دار ، ونحو ذلك : صح أخذ الرهن عليه .

السابعة : يصح عقد الرهن من كل من يصح بيعه .

قال في الترغيب وغيره : وصح تبرعه .

وفي المستوعب وغيره : لولىٍّ رهنه عند أمين لمصلحة ، كحل دين عليه .

قال في الرعاية : يصح ممن له بيع ماله والتبرع به . فلا يصح من سفيه ومفلس ومكاتب وعبد ، ولو كان مأذوناً لهم في تجارة ونحوهم .

قوله ﴿ يَجُوزُ عَقْدُهُ مَعَ الْحَقِّ وَبَعْدَهُ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَلاَ يَجُوزُ قَبْلَهُ ﴾

على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو الخطاب : يجوز قبله . وقال : ويحتمله كلام الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما في الحاويين .

فائدة : تجوز الزيادة فى الرهن ، ويكون حكمها حكم الأصل . ولا يجوز زيادة دين الرهن ، لأنه رهن مرهون .

قال القاضى وغيره : كالزيادة فى الثمن . وهذا المذهب فيهما . وقطع به الأصحاب

وقال فى الروضة : لايجوز تقوية الرهن بشىء آخر بعد عقد الرهن . ولا بأس بالزيادة فى الدين على الرهن الأول .

قال فى الفروع : كذا قال .

ويأتى آخر الباب : أن المرتهن لو فدا الرهن الجانى ، وشرط جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول : هل يصح أم لا ؟

فعلى الصحة : يكون كالمستثنى من هذه المسألة .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ رَهْنُ كُلِّ عَيْنٍ يَجُوزُ بَيْعُهَا ، إلاَّ المكَاتَبَ ، إذَا قُلْنَا : اسْتَدَامَةُ القَبْضِ شَرْطٌ : لَمْ يَجُزْ رَهْنُهُ ﴾ .

يصح رهن كل عين يجوز بيعها فى الجملة . وهنا مسائل فيها خلاف .

منها : المكاتب ، ويصح رهنه إذا قلنا : يصح بيعه . على الصحيح من المذهب .

قال القاضى : قياس المذهب صحة رهنه .

قال فى الرعاية : هذا المذهب . وجزم به فى الفائق ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايصح رهنه ، وإن قلنا : بصحة بيعه ، إذا اشترطنا استدامة القبض فى الرهن . وهو الذى جزم به المصنف هنا . وصححه فى المغنى . وجزم به فى الوجيز ، والنظم . وقدمه فى الشرح .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاويين : ويصح رهن المكاتب إن جاز بيعه ، ولم يلزم بقاء القبض .

فعلى المذهب : يمكّن من الـكسب كما قبل الرهن .

وأما أداؤه : فهو رهن معه . فان عجز ثبت الرهن فيه وفى أكسابه . وإن عتق كان ما أداه من نجومه بعد عقد الرهن رهناً .

ومنها : العين المؤجرة ، ويصح رهنها . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقيل : لا يصح .

ومنها : ما قاله المصنف ، وهو قوله ﴿ وَيَجُوزُ رَهْنُ ما يُسْرِعُ إليه الفَسَادُ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ . ويُبَاعُ ويُجْعَلُ ثَمَنُه رَهْناً ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع ، وغيرهم . وصححه المصنف ، والشارح ، وغيرهما

وفيه وجه : أنه لا يصح . ذكره القاضى .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ رَهْنُ الْمُشَاعِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وخرج عدم الصحة .

فائدة يجوز رهن حصته من معين ، مثل : أن يكون له نصف دار . فيرهن نصيبه من بيت منها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه . وصححه فى الفائق . وقدمه ابن رزين .

وقيل : لا يصح رهن حصته من معين من شىء يمكن قسمته . وهو احتمال للقاضى . وجزم فى التلخيص لغير الشريك . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية : ولايصح رهن حقه من بيت معين من دار مشتركة تنقسم . وفيه احتمال . و إن رهنه عند شريكه فاحتمالان ، وإن لم تنقسم صح .

وقيل : إن لزم الرهن بالعقد صح . و إلا فلا . انتهى .

والوجهان الأولان فى بيعه أيضاً . وأطلقهما فى الفروع .

وقال فى الانتصار : لايصح بيعه . نص عليه .

وقطع فى المغنى والشرح بصحة بيعه . وهو المذهب .

فعلى المذهب : لو اقتسما ، فوقع المرهون لغير الراهن : فهل يلزم الراهن بدله أو رهنه لشريكه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب إلزامه ببدله ، أو رهنه لشريكه .

وقطع المصنف ، والشارح : بأن الراهن ممنوع من القيمة فى هذه الصورة .

قلت : فيعايى بها .

فائدة قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا ﴾ أى الشريك والمرتهن فى كونه فى يد أحدهما أو غيرهما ﴿ جَعَلَهُ الْحَاكِمِ فِي يَدِ أَمينٍ ، أَمَانَةً أَوْ بِأُجْرَةٍ ﴾ .

بلا نزاع .

لكن هل للحاكم أن يؤجره ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : له إجارته . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وغيرهم .

والثانى : لا يجوز له . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ رَهْنُ المبيع ـ غَيْرِ المكيلِ وَالموْزُونِ ـ قَبْلَ قَبْضِهِ إلاَّ عَلَى ثمنِهِ . فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا أراد رهن المبيع للغير ، فلا يخلو : إما أن يكون قبل قبضه أو بعده . فإن كان بعد قبضه : جاز بلا نزاع . وإن كان قبل قبضه ، فلا يخلو : إما أن يكون مكيلا أو موزوناً ، وما يلحق بهما ، من المعدود والمذروع ، أو غير ذلك .

فإن كان غير هذه الأربعة ، فلا يخلو : إما أن يرهنه على ثمنه ، أو على غير ثمنه . فإن رهنه على غير ثمنه : صح . جزم به فى الشرح ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والحاوى الكبير ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمصنف هنا ،

وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى . وصححه فى الرعاية الـكبرى ، والفائق ، سواء قبض ثمنه أو لا .

وقيل : لا يصح . وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

وقيل : لا يصح قبل نقد ثمنه .

وإن رهنه على ثمنه : فأطلق المصنف فى صحته وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

أحدهما : يصح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس .

والوجه الثانى : لا يصح مطلقاً . صححه فى النظم ، والرعاية الـكبرى .

وأما المـكيل والموزون ، وما يلحق بهما من المعدود والمذروع قبل قبضه : فذكر القاضى جواز رهنه . وحكاه هو وابن عقيل عن الأصحاب .

قاله فى القاعدة الثانية والخمسين . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى الرعاية الـكبرى ، والفائق : يصح فى أصح الوجهين . وقدمه فى النظم ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وجعلها كغير المـكيل والموزون . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . لأنهم أطلقوا .

وقال فى الشرح : ويحتمل أن لا يصح رهنه .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وجزم به فى الحاوى الـكبير فى أحكام القبض .

وقال فى التلخيص : ذكر القاضى ، وابن عقيل فى موضع آخر : إن كان الثمن قد قبض : صح رهنه ، وإلا فلا . وأطلقهما فى الفروع فى باب التصرف فى المبيع وتلفه . لـكن محلهما عنده : بعد قبض ثمنه .

تنبيه : اقتصار المصنف على المكيل والموزون بناء منه على أن غيرهما ليس مثلهما فى الحكم . وهو رواية . واختاره بعض الأصحاب ، والمصنف .

والصحيح من المذهب : أن حكم المعدود والمذروع : حكم المكيل والموزون ، على ما تقدم فى آخر الخيار فى البيع .

قال ابن منجا فى شرحه : وأما كون رهن المكيل والموزون قبل قبضه لا يجوز ، فمبنى على الرواية التى اختارها المصنف . وهى أن المنع من بيع المبيع قبل قبضه : مختص بالمكيل والموزون . وتقدم فى ذلك أربع روايات . هذه .

والثانية : مختص بالمبيع غير المعين . كقفيز من صبرة . فعليها : لا يجوز رهن غير المعين قبل قبضه . ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه . وفى رهنه على ثمنه الخلاف .

والثالثة : المنع مختص بالمطعوم . فعليها : لا يجوز رهنه قبل قبضه . ويجوز رهن ما عداه على غير ثمنه ، وفى رهنه على ثمنه الخلاف .

والرابعة : المنع يعم كل مبيع . فعليها : لا يجوز رهن كل مبيع قبل قبضه على غير ثمنه ، وفى رهنه على ثمنه الخلاف . انتهى .

فعلى الأول : يزول الضمان بالرهن على قياس ما إذا رهن المغصوب عند غاصبه . قاله فى القاعدة السابعة والثلاثين .

وقد تقدم ما يحصل به القبض فى آخر باب الخيار فى البيع ، فى أول الفصل الأخير .

وتقدم فى أواخر شروط البيع « لو باعه بشرط رهنه على ثمنه » .

قوله ﴿ وَمَا لاَ يَجُوزُ بَيْعُهُ لاَ يَجُوزُ رَهْنُهُ ، إلاَّ الثَّمرَةَ قَبْلَ بُدُوِّ صَلاَحِهَا مِنْ غَيْرِ شَرْطِ القَطْعِ ﴾ وكذا الزرع الأخضر ﴿ فى أحد الوجهين فيهما ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يجوز . يعنى يصح . وهو المذهب . جزم به فى الخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وناظم المفردات وغيرهم .

واختاره القاضى وغيره . وصححه فى التصحيح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهما . وهو من مفردات المذهب .

والوجه الثانى : لا يجوز . يعنى لا يصح .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن رهنها قبل بدو صلاحها بدين مؤجل : صح فى الأصح . إن شرط القطع . لا الترك . وكذا الخلاف إن أطلقا . فتباع إذن على القطع . ويكون الثمن رهنا بدين حال . بشرط القطع : صح . وباع كذلك . انتهى

فائدة : لو رهنه الثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع : صح . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يصح . وأطلقهما فى الحاوى . وتقدم كلامه فى الرعاية .

تنبيه : يستثنى من عموم كلام المصنف : رهن الأمة دون ولدها وعكسه . فإنه يصح ويباعا ، حيث حرم التفريق . جزم به الأصحاب .

فائدة : متى بيعا كان متعلق المرتهن ما يختص المرهون منهما من الثمن . وفى قدره ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يقال : إذا كانت الأم المرهونة ، كم قيمتها مفردة ؟ فيقال : مائة ومع الولد مائة وخمسين . فله ثلثا الثمن . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثاني : أن يقوّم الولد أيضاً مفرداً . فيقال : كم قيمته بدون أمه ؟ فيقال : عشرون . فيكون للمرتهن خمسة أسداس .

الوجه الثالث : أن تقوم الأم ولها ولد ، ويقوم الولد وهو مع أمه . فإن التفريق ممتنع .

قال فى التلخيص : وهذا الصحيح عندى ، إذا كان المرتهن يعلم أن لها ولدا .

قال فى الرعاية الكبرى : وهو أولى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : جواز رهن المصحف ، إذا قلنا يجوز بيعه لمسلم . وهو إحدى الروايتين . نص عليه . صححه فى الرعاية الكبرى .

قال فى الفروع : ويصح فى عين يجوز بيعها .

قال المصنف ، والشارح : والخلاف هنا مبنى على جواز بيعه .

والرواية الثانية : لايصح : نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وهو ظاهر ماقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، فإنهما ذكرا حكم رهن العبد المسلم لكافر . وقدما عدم الصحة . وقالا : وكذا المصحف إن جاز بيعه . وأطلقهما فى الفائق .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن صححنا بيع مصحف من مسلم : صح رهنه منه على الأصح .

فظاهره : أن لنا رواية بعدم صحة رهنه وإن صححنا بيعه .

وأما رهنه على دين كافراً إذا كان بيد مسلم . ففيه وجهان .

أحدهما : يصح . صححه فى الرعاية الكبرى .

قلت : وهو الصواب .

والثانى : لايصح ، وإن صححنا رهنه عند مسلم . وجزم به فى الفائق ، والكافى وهو ظاهر ماقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين . وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة . وأطلقهما فى الفروع .

فوائد

الأولى : قال فى الرعاية الـكبرى : وألحقت بالمصحف كتب الحديث ، يعنى فى جواز رهنها بدين كافر .

قال فى الكافى : وإن رهن المصحف ، أو كتب الحديث لكافر : لم يصح . انتهى .

الثانية : فى جواز القراءة فى المصحف لغير ربه بلا إذن ولاضرر : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يجوز . قدمه فى الرعاية الـكبرى فى هذا الباب . وهو ظاهر ماقطع به فى المغنى ، والشرح . فإنهما قالا : وعنه يجوز رهنه .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا رهن مصحفا لايقرأ فيه إلا بإذنه . انتهى .

الثاني : يجوز . اختاره فى الرعاية .

وجوز الإمام أحمد رحمه الله القراءة للمرتهن .

وعنه يكره . ونقل عبد الله : لايعجبنى بلا إذنه .

الثالثة : يلزم ربه بذله لحاجة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يلزم مطلقاً .

وقيل : لايلزم مطلقاً ، كغيره . وقدمه فى الرعاية الـكبرى . ذكر ذلك فى الفروع فى أول كتاب البيع .

وتقدم بعض أحكام المصحف هناك . وأكثرها فى آخر نواقض الوضوء .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ رَهْنُ العَبْدِ المسْلِمِ لِـكَافِرٍ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . وجزم به فى الهادى . وقدمه فى الخلاصة ، والـكافى ، والرعايتين ، والحاويين ، والنظم . واختاره القاضى .

والوجه الثانى : يصح إذا شرطه فى يد عدل مسلم . اختاره أبو الخطاب ،

والمصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقال : اختاره طائفة من أصحابنا . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى المحرر : ويصح فى كل عين يجوز بيعها . وكذا فى التلخيص ، والوجيز

قلت : وهو الصواب . وهو المذهب ، وإن كان مخالفاً لما أطلقناه . وأطلقهما فى المذهب ، والفروع ، والفائق .

فوائد

إحداها : يجوز أن يستأجر شيئاً ليرهنه ، وأن يستعيره ليرهنه بإذن ربه فيهما سواء بَيَّن قدر الدين لهما أولا . قاله القاضى . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقدم فى الرعاية : أنه لابد أن يعين الدين .

ويجوز لهما الرجوع قبل إقباضه ، على الصحيح من المذهب ، كما قبل العقد . وقدمه فى الفروع .

وقيل : ليس لهما الرجوع . قدمه فى التلخيص .

قال فى القواعد ـ فى العارية ـ قال الأصحاب : هو لازم بالنسبة إلى الراهن ، والمالك .

وأما بعد إقباضه : فلا يجوز لهما الرجوع ، وإن جوزناه فيما قبله . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

وقال فى الانتصار : يجوز لهما الرجوع أيضاً .

فإن حل الدين وبيع : رجع المعير أو المؤجر بقيمته ، أو بمثله إن كان مثلياً . ولا يرجع بما باعه به ، سواء زاد على القيمة أو نقص . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

وقيل : يرجع بأكثرهما . اختاره فى الترغيب ، والتلخيص . وجزم به فى المحرر ، والمنور فى باب العارية .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن بيع بأكثر منها : رجع بالزيادة فى الأصح . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

قلت : وهو الصواب .

قال ابن نصر الله ـ فى حواشى الفروع ـ وهو الصواب قطعاً . انتهى .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو تلف المرهون ضمن المستعير فقط . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه الوجه فى مستأجر من مستعير .

الثالثة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز أن يرهن الإنسان مال نفسه على دين غيره كما يجوز أن يضمنه ، وأولى . وهو نظير إعارته للرهن . انتهى .

قوله ﴿ وَلاَ يَلْزَمُ الرَّهْنُ إلاَّ بِالْقَبْضِ ﴾ .

يعنى للمرتهن أو لمن اتفقا عليه . فلو استناب المرتهن الراهن فى القبض : لم يصح . قاله فى التلخيص وغيره .

فشمل كلام المصنف مسألتين .

إحداهما : أن يكون الرهن موصوفاً غير معين . فلا يلزم إلا بالقبض كما يجوز وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

فعلى هذا : يكون قبل القبض جائزاً . ويصح . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : فظاهر كلام الخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى الجامع الصغير ، وابن عقيل فى التذكرة ، وابن عبدوس : أن القبض شرط فى صحة الرهن . وأنه قبل القبض غير صحيح . ويأتى ذلك .

وحمل المصنف ، وابن الزاغونى ، والقاضى كلام الخرقى على الأول .

الثانية : أن يكون الرهن معيناً ، كالعبد والدار ونحوهما . فالصحيح من المذهب : أنه لايلزم إلا بالقبض ، كغير المتعين .

قال فى الـكافى ، وابن منجا ، وغيرهما : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، وغيرهم .

وهو ظاهر كلام الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى . ونصره أبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر ، وغيرهما .

قال فى الفروع : ذكره الشيخ وغيره المذهب .

وعنه : أن القبض ليس بشرط فى المتعين . فيلزم بمجرد العقد . نص عليه .

قال القاضى فى التعليق : هذا قول أصحابنا .

قال فى التلخيص : هذا أشهر الروايتين . وهو المذهب عند ابن عقيل وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

فعليهما : متى امتنع الراهن من تقبيضه : أجبر عليه ، كالبيع . وإن رده المرتهن على الراهن بعارية أو غيرها ، ثم طلبه : أجبر الراهن على رده .

وذكر جماعة من الأصحاب : أنه لا يصح الرهن إلا مقبوضاً ، سواء كان معينا أو لا . ذكره فى الفروع .

قال فى القاعدة التاسعة والأربعين : وصرح أبو بكر بأن القبض شرط لصحة الرهن . وأنه يبطل بزواله . وكذلك قال المجد فى شرحه ، والشيرازى ، وغيرهما . انتهى .

وقد تقدم أنه ظاهر كلام الخرقى وغيره .

فائدة : صفة قبض الرهن : كقبض المبيع ، على ما تقدم .

[لـكن لو كان فى يد المرتهن عارية ، أو وديعة ، أو غصبا ، أو نحوه : صح الرهن .

والمذهب : لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد . واليد

ثابتة . والقبض حاصل . وإنما يتغير الحكم ، لا غير . وهذا على الأكثر . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رضى الله عنه .

وقال القاضى وأصحابه : لا يصير رهنا حتى تمضى مدة يتأتى قبضه فيها . فإن كان منقولا فبمضى مدة يمكن نقله فيها . وإن كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها . وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية .

وإن كان غائبا عن المرتهن : لم يصر مقبوضا حتى يوافيه هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها . لأن العقد يفتقر إلى القبض . والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه . ويكفى ذلك . ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض . لأنه مقبوض حقيقة . فإن تلف قبل مضى مدة يتأتى قبضه فيها ، فهو كتلف الرهن قبل قبضه . وكذا الهبة ، على الخلاف والمذهب ، على ما يأتى] [1] .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخْرَجَهُ الْمُرْتَهِنُ بِاخْتِيَارِهِ إِلَى الرَّاهِنِ : زَالَ لُزُومُهُ ﴾ .

ظاهره : سواء أخذه الراهن بإذنه نيابة أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب ، وظاهر كلام الأصحاب .

وذكر فى الانتصار احتمالا : أنه لا يزول لزومه إذا أخذه الراهن منه بإذنه نيابة

فائدة : لو أجره أو أعاره للمرتهن أو غيره بإذنه . فلزومه باق ، على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف فى المغنى ، والمجد فى المحرر وغيرهما .

قال فى الانتصار : هو المذهب كالمرتهن . وقدمه فى الفروع ، والمحرر . وصححه الناظم .

وعنه : يزول لزومه . نصره القاضى . وقطع به جماعة . واختاره أبو بكر فى الخلاف . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

قال المجد فى شرحه : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله أنه لا يصير مضمونا بحال . انتهى .

---

(١) ما بين المربعين زيادة زادها المصنف بخطه بهامش نسخته .

فلو استأجره المرتهن عاد اللزوم بمضى المدة . ولو سكنه بأجرته بلا إذن فلا رهن . نص عليهما .

ونقل ابن منصور : إن أكراه بإذن الراهن ، أو له ، فإذا رجع صار رهناً . والكراء للراهن .

وقيل : إن أعاره للمرتهن ، لم يزل اللزوم . وإلا زال . وهى طريقة المصنف فى المغنى .

وقال الزركشى : وفى المذهب قول : إن أجر المرتهن بإذن الراهن لم يزل اللزوم . وإن أجر الراهن بإذن المرتهن زال اللزوم . انتهى .

وقال فى الرعاية ، وقيل : إن زادت مدة الإجارة على أجل الدين : لم يصح بحال .

فائدة : لو رهنه شيئاً . ثم أذن له فى الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع به ، أم لا ؟ .

قال القاضى فى خلافه ، وابن عقيل فى نظرياته ، والمصنف فى المغنى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم : يصير مضموناً بالانتفاع .

وذكر ابن عقيل احتمالاً : أنه يصير مضموناً بمجرد القبض إذا قبضه على هذا الشرط .

تنبيه : محل الخلاف : إذا اتفقا على ذلك . فإن اختلفا تعطل الرهن . على المذهب . واختار فى الرعاية : لا يتعطل . ويجبر من أبى منهما الإيجار . انتهى .

قلت : الذى يظهر : أنه إن امتنع الراهن يتعطل الإيجار ، وإن امتنع المرتهن لم يتعطل .

قوله ﴿ وَاسْتَدَامَتُهُ شَرْطٌ فى اللُّزُومِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . يعنى حيث قلنا : لا يلزم إلا بالقبض . وعنه : أن استدامته فى المتعين ليست بشرط . واختاره فى الفائق .

فائدة : لو رهنه ماهو فى يد المرتهن . ومضمون عليه ـ كالمغصوب ، والعوارى ، والمقبوض على وجه السوم . حيث قلنا : يضمن ، والمقبوض بعقد فاسد ـ صح الرهن وزال الضمان . كما لو كان غير مضمون عليه . كالوديعة ونحوها .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : لزوم الرهن بمجرد العقد . ولا يحتاج إلى أمر زائد على ذلك . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

قلت : وهذا المذهب . وهى شبيهة الهبة .

قال فى الفروع : فإن رهنه مافى يده ولو غصباً . فكهبته إياه .

وقال القاضى وأصحابه : لا يصير رهناً حتى تمضى مدة يتأتى قبضه فيها . وأطلقهما فى الرعاية .

فعلى الثانى : إن كان منقولا : فبمضى مدة يمكن نقله فيها . وإن كان مكيلاً ، أو موزوناً : فبمضى مدة يمكن اكتياله واتزانه فيها . وإن كان غير منقول فبمضى مدة التخلية . وإن كان غائباً : لم يصر مقبوضاً حتى يوافيه به هو أو وكيله ، ثم تمضى مدة يمكن قبضه فيها . فهو كتلف الرهن قبل قبضه .

ثم هل يفتقر إلى إذن الراهن فى قبضه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية .

قال فى الفروع : فإن رهنه مافى يده ، ولو غصباً . فكهبته إياه . ويزول ضمانه .

وظاهره : أنه يلزم بمجرد العقد على المذهب . ولا يصح القبض إلا بإذنه على المذهب ، كما فى الهبة . على مايأتى فى باب الهبة .

قوله ﴿ وَتَصَرُّفُ الرَّاهِنُ فِى الرَّهْنِ لاَيَصِحُّ ، إلاَّ بِالعِتْقِ . فَإِنَّه يَنْفُذُ وَتُؤْخَذُ مِنْهُ قِيمَتُه رَهْنًا مَكَانَهُ ﴾ .

إذا تصرف الراهن فى الرهن ، فلا يخلو : إما أن يكون بالعتق ، أو بغيره . فإن كان بالعتق : فالصحيح من المذهب : أنه ينفذ . وسواء كان موسراً أو معسراً . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى المعسر .

قال الزركشي : وهو المشهور . والمختار من الروايات للأكثرين .

ويحتمل أنْ لاَ ينفذ عِتْقُ الْمُعْسِر . ذكره في المحرر تخريجاً . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه في بعض نسخ المقنع كذلك . اختارها أبو محمد الجوزي

قلت : وهو قوي في النظر .

وهي طريقة بعض الأصحاب ، إن كان المعتق معسراً استسعى العبد بقدر قيمته تجعل رهنا .

وقيل : لا يصح عتق الموسر أيضاً . وذكره في المبهج ، وغيره رواية . واختاره صاحب المبهج .

وقال في الفائق : وعنه لا ينفذ عتق الموسر بغيره . واختاره شيخنا . يعني به الشيخ تقي الدين رحمه الله .

فعلى المذهب في الموسر : يؤخذ منه قيمته رهنا . على الصحيح من المذهب . وخيره أبو بكر في التنبيه بين الرجوع بقيمته وبين أخذ عبد مثله .

وعلى المذهب في المعسر : متى أيسر بقيمته قبل حلول الدين : أخذت ، وجعلت رهنا . وأما بعد الحلول : فلا فائدة في أخذها رهناً . بل يؤمر بالوفاء .

فائدتان

إحداهما : حيث قلنا : يأخذ القيمة . فإنها تكون وقت العتق .

وحيث قلنا : لا ينفذ عتقه . فقال الزركشي : ظاهر كلام الأصحاب : أنه لا ينفذ بعد زوال الرهن . وفي الرعاية : احتمال بالنفوذ .

الثانية : يحرم على الراهن عتقه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب وعنه لا يحرم .

ويأتي إذا أقر بعتقه أو بيعه أو غيرهما ، في كلام المصنف قريباً .

وإن كان تصرف الراهن بغير العتق : لم يصح تصرفه مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف هنا : وهو أصح . وجزم به كثير منهم .

وقيل : يصح وقفه .

وقال القاضي ، وجماعة : يصح تزويج الأمة . ويمنع الزوج من وطئها . ومهرها رهن معها . وقاله أبو بكر . وذكره عن الإمام أحمد . واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وأطلقهما في التلخيص ، والحاويين ، والفائق .

وفي طريقة بعض الأصحاب : يصح بيع الراهن للرهن ويلزمه . ويقف لزومه في حق المرتهن . كبيع الخيار .

وتقدم في كتاب الزكاة حكم إخراجها من المرهون .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ فَأَوْلَدَهَا : خَرَجَتْ مِنَ الرَّهْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الزركشي : وعامة الأصحاب يجزمون بذلك ، بخلاف العتق . لأن الفعل أولى من القول . بدليل نفوذ إيلاد المجنون دون عتقه .

وظاهر كلامه في التلخيص : إجراء الخلاف فيه . فإنه قال : والاستيلاد مرتب على العتق ، وأولى بالنفوذ . لأنه فعل . انتهى .

فائدة . للراهن الوطء بشرط . ذكره في عيون المسائل ، والمنتخب . نقله في الفروع في الكتابة .

قوله ﴿ وَأُخِذَتْ مِنْهُ قِيمَتُهَا ، فَجُعِلَتْ رَهْنًا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وأكثر الأصحاب قالوا كما قال المصنف .

وقال بعضهم : يتأخر الضمان حتى تضع . فتلزمه قيمتها يوم أحبلها . قاله في القاعدة الرابعة والثمانين .

فائدة : له غرس الأرض إذا كان الدين مؤجلا في أصح الاحتمالين . وأطلقهما في الفروع .

ولا يمنع من سقى شجر، وتلقيح و إنزاء فحل على إناث مرهونة . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المذهب . وقدمه فى التبصرة ، والفروع .

وقيل : يمنع .

ولا يمنع من مداواة وفصد ونحوه ، بل من قطع سلعة فيها خطر .

ويمنع من ختانه إلا مع دين مؤجل يبرأ قبل حله .

وللمرتهن مداواة ما فيه المصلحة . قاله المصنف وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَذِنَ المُرْتَهِنُ لَهُ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ ، أَوْ هِبَتِهِ وَنَحْوَ ذَلِكَ فَفَعَلَ : صَحَّ . وَبَطَلَ الرَّهْنُ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة ، إلا أن يأذن له فى بيعه ، بشرط أن يجعل ثمنه رهنا . فهذا الشرط صحيح . ويصير رهنا ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز وغيرهم .

قال فى الفروع : صح وصار ثمنه رهنا فى الأصح . وذكر الشيخ صحة الشرط ، وذكره فى الترغيب ، وأن الثواب فى الهبة كذلك . انتهى .

وقيل : يبطل الرهن .

فوائد

الأولى : يجوز للمرتهن الرجوع فى كل تصرف أذن فيه بلا نزاع . فلو ادعى أنه رجع قبل البيع ، فهل يقبل قوله ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

أحدهما : يقبل قوله . واختاره القاضى ، واقتصر عليه فى المغنى .

والثاني : لا يقبل قوله .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : لو ثبت رجوعه ، وتصرف الراهن جاهلا رجوعه ، فهل يصح تصرفه ؟

على وجهين . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والمغنى ، والشرح ، والكافى . وقالا : بناء على تصرف الوكيل بعد عزله قبل علمه .

والصحيح من المذهب هناك : أنه ينعزل ، كما يأتى . فكذا هنا .

ولا يصح تصرفه هنا . على الصحيح من المذهب أيضاً .

الثالثة : لو باعه الراهن بإذن المرتهن ـ بعد أن حل الدين ـ صح البيع . وصار ثمنه رهنا ، بمعنى أنه يأخذ الدين منه . وهذا المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : صح ، وصار رهنا فى الأصح .

وقيل : لا يبقى ثمنه رهنا لو كان الدين غير حال . ولم يشترط جعل ثمنه رهنا مكانه ، بل فيه الأمران . فهل يبقى ثمنه رهنا ، أو يبطل الرهن ؟ فيه وجهان . أطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والحاويين ، والفائق ، والمذهب ، والبلغة .

أحدهما : يبقى ثمنه رهنا . اختاره القاضى . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

والثانى : يبطل الرهن . اختاره أبو الخطاب . وقدمه فى الخلاصة . وصححه فى تصحيح المحرر . وهو ظاهر ما جزم به المصنف هنا . وجزم به الشارح .

قلت : وهو المذهب .

قوله ﴿ أَوْ بِشَرْطِ أَنْ يَجْعَلَ دَيْنَهُ مِنْ ثَمَنِهِ ﴾ .

إذا باعه بإذنه بشرط أن يعجل له دينه المؤجل من ثمنه : صح البيع . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى . وابن عقيل . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وقيل : لا يصح البيع . والرهن بحاله . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ،

والحاويين ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وعزاه المجد فى شرحه إلى القاضى فى رءوس المسائل . قال : ونصره . قال : وهو أصح عندى .

قال شارح المحرر : ولم أجد أحداً من الأصحاب وافق المصنف على ماحكاه هنا .

قال فى الفروع : وكل شرط لم يقتضه العقد : فهو فاسد . وفى العقد روايتا البيع . انتهى .

وأما شرط التعجيل : فيلغو قولا واحداً . قاله فى المحرر وغيره .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم : يصح الشرط . وجزم به الشارح .

فعلى المذهب : هل يكون الثمن رهناً ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يكون رهناً .

قلت : وهو أولى . ثم وجدته صححه فى تصحيح المحرر . وقال : قال المصنف فى شرحه ـ يعنى به المجد ـ يصح البيع ، ويلغو شرط التعجيل ، لكنه يفيد بقاء كونه رهناً . وعلى هذا يحمل كلام أبى الخطاب . انتهى .

والثانى : لا يكون رهناً .

قال شارح المحرر : الوجهان هنا كالوجهين فى المسألة السابقة . انتهى .

فيكون الصحيح لا يكون رهنا .

قوله ﴿ وَنَمَاءُ الرَّهْنِ وَكَسْبُهُ مِنَ الرَّهْنِ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به كثير منهم .

وفى الصوف واللبن وورق الشجر المقصود : وجه فى المحرر ، والفصول : أنه ليس من الرهن .

قال فى القواعد : وهو جيد .

وقال فى الفائق : والمختار عدم تبعية كسب الرهن ونمائه . وأرش الجناية عليه . انتهى .

وكون الـكسب من الرهن من مفردات المذهب .

قوله ﴿ وَأَرْشُ الجِنَايةِ عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ ﴾ .

سواء كانت الجناية عليه عمداً أو خطأ . لـكن إن كانت عمداً ، فهل لسيده القصاص أم لا ؟

وإذا قبض ، فهل عليه القيمة أم لايلزمه شيء ؟ يأتى ذلك كله فى كلام المصنف فى آخر الباب .

فوائد

أحدها : قوله ﴿ وَمُؤْنَتُهُ عَلَى الرَّاهِنِ ، وَكَفَنُهُ إِنْ مَاتَ ، وَأُجْرَة مَخْزَنِهِ إِنْ كَانَ مَخْزُوناً ﴾ .

بلا نزاع . لـكن إن تعذر الأخذ من الراهن بيع بقدر الحاجة . فإن خيف استغراقه بيع كله .

الثانية : قوله ﴿ وَهُوَ أَمَانَةٌ فِى يَدِ المرْتَهِنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، ولو قبل العقد . نقله ابن منصور كبعد الوفاء

ونقل أبو طالب : إذا ضاع الرهن عند المرتهن : لزمه .

وظاهره : لزوم الضمان مطلقاً .

وتأوله القاضى على التعدى . وهو الصواب .

وأبى ذلك ابن عقيل ، جرياً على الظاهر . قاله الزركشى وغيره .

وإن تعدى فيه فحكمه حكم الوديعة ، على مايأتى . لـكن فى بقاء الرهنية . وجهان . لأنها لاتجمع أمانة واستيثاقا . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : ظاهر كلام المصنف ، والشارح ، وكثير من الأصحاب : بقاء الرهنية .

وهو الصواب . ثم وجدته قال فى القواعد : لو تعدى المرتهن فيه زال ائتمانه ، وبقى مضموناً عليه . ولم تبطل توثقته .

وحكى ابن عقيل فى نظرياته احتمالا يبطلان الرهن . وفيه بعد . لأنه عقد لازم . وحق المرتهن على الراهن . انتهى .

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بِغَيْرِ تَعَدٍّ مِنْهُ ، فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا لو تلف عند العدل . ويقبل قوله .

وإن ادعى تلفه بحادث ظاهر ، وشهدت بينة بالحادث : قبل قوله فيه أيضاً .

الرابعة : قوله ﴿ وَلاَ يَسْقُطُ بِهَلاَكِهِ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ ﴾ .

بلا نزاع . نص عليه . كدفع عبد يبيعه ويأخذ حقه من ثمنه ، فيتلف . وكحبس عين موجودة بعد الفسخ على الأجرة فتتلف . فلا يسقط ماعليه بسبب ذلك . بخلاف حبس البائع المبيع المتميز على ثمنه . فإنه يسقط بتلفه . على إحدى الروايتين . لأنه عوض . والرهن ليس بعوض الدين .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُهُ فَبَاقِيهِ رَهْنٌ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

لكن لو رهن شيئين بحق ، فتلف أحدهما . فالآخر رهن بجميع الحق . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وقيل . بل بقسطه .

قال فى الرعاية الكبرى : سواء اتحد الراهن والمرتهن ، أو تعدد أحدهما .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ شَيْءٌ مِنَ الرَّهْنِ حَتَّى يَقْضِيَ جَمِيعَ الدَّيْنِ ﴾ .

بلا نزاع . حتى لو قضى أحد الوارثين مايخصه من دين برهن .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ رَجُلَيْنِ فَوَفَّى أَحَدَهُمَا : انْفَكَّ فى نَصِيبِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح، وغيرهم .

وقيل : لا ينفك .

قال أبو الخطاب ـ فيمن رهن عبده عند رجلين ، فوفى أحدهما ـ يبقى جميعه رهناً عند الآخر .

قال المصنف ، والشارح : وكلامه محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه من الضرر ، لا بمعنى أن العين كلها تكون رهناً . إذ لا يجوز أن يقال : إنه رهن نصف العبد عند رجل ، فصار جميعه رهناً . انتهى .

والمسألة التى ذكرها ـ وهى : ما إذا رهن جزءاً مشاعاً . وكان فى المقاسمة ضرر على المرتهن ـ بمعنى أنه ينقص قيمة الثانى . فإنه يمنع الراهن من قسمته . ويُقَرُّ جميعه بيد المرتهن ، البعض رهن ، والبعض أمانة .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهَنَهُ رَجُلَانِ شَيْئًا ، فَوَفَّاهُ أَحَدُهُمَا : انفَكَّ فِي نَصِيبِهِ ﴾

هذا المذهب أيضاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا ينفك . ونقله مهنا .

قال فى القاعدة الثالثة عشر بعد المائة : إذا رهن اثنان عينين ، أو عينا لهما صفقة واحدة على دين له عليهما ، مثل أن يرهناه داراً لهما على ألف درهم له عليهما . نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فى رواية مهنا ـ على أن أحدهما إذا قضى ما عليه ولم يقض الآخر : أن الدار رهن على ما بقى .

وظاهر هذا : أنه جعل نصيب كل واحد رهنا بجميع الحق ، توزيعاً للمفرد على الجملة . لا على المفرد .

وبذلك جزم أبو بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى ، وأبو الخطاب . وهو المذهب عند صاحب التلخيص .

قال القاضي : هذا بناء على الرواية التي تقول : إن عقد الاثنين مع الواحد فى حكم الصفقة الواحدة .

أما إذا قلنا بالمذهب الصحيح : إنها فى حكم عقدين : كان نصيب كل واحد مرهوناً بنصف الدين . انتهى .

فائدة : لو قضى بعض دينه ، أو أبرئ منه . و ببعضه رهن أو كفيل : كان عما نواه ، الدافع أو المشترى من القسمين . والقول قوله فى النية بلا نزاع .

فإن أطلق ، ولم ينو شيئاً : صرفه إلى أيهما شاء . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وغيرهم .

وقطع به فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يوزع بينهما بالحصص . وهو احتمال فى المحرر .

قوله ﴿ وَإذا حَلَّ الدَّيْنُ ، وَامْتَنَعَ مِنْ وَفَائِهِ . فَإنْ كَانَ الرَّاهِنُ أَذِنَ لِلْمُرْتَهِنِ أَوْ لِلْعَدْلِ فِي بَيْعِهِ : بَاعَهُ وَوَفَّى الدَّيْنَ ﴾ .

بلا نزاع . لكن لو باعه العدل ، اشترط إذن المرتهن . ولا يحتاج إلى تجديد إذن الراهن . على الصحيح من المذهب . وقيل : بلى .

فائدة : يجوز إذن العدل ، أو المرتهن : ببيع قيمة الرهن ، كأصله بالإذن الأول . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضي . واقتصر عليه فى المغنى ، والشرح . وجزم به ابن رزين فى شرحه وغيرهم .

وقيل : لا يصح إلا بإذن متجدد . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإلاَّ رُفِعَ الْأَمْرُ إلَى الْحَاكِمِ ﴾ .

يعنى إذا امتنع الراهن من وفاء الدين ، ولم يكن أذن فى بيعه ، أو كان أذن فيه ثم عزله ــ وقلنا : يصح عزله ــ وهو الصحيح ، على ما يأتى قريبا فى كلام المصنف . فإن الأمر يرفع إلى الحاكم . فيجبره على وفاء دينه ، أو بيع الرهن . وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

ومن الأصحاب من قال : الحاكم مخير ، إن شاء أجبره على البيع ، وإن شاء باعه عليه . وجزم به في المغني ، والشرح .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ بَاعَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ، وَقَضَى دَيْنَهُ ﴾ .

قال الأصحاب : فإن امتنع من الوفاء ، أو من الإذن في البيع : حبسه الحاكم أو عزره . فإن أصر باعه . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ فِي الرَّهْنِ جَعْلَهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ : صَحَّ . وَقَامَ قَبْضُهُ مَقَامَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ ﴾ بلا نزاع .

ظاهر كلامه : أنه لا تصح استنابة المرتهن للراهن في القبض . وهو كذلك صرح به في التلخيص .

وعبده وأم ولده كهو . لكن يصح استنابة مكاتبه وعبده المأذون له . في أصح الوجهين .

وفي الآخر : لا يصح . إلا أن يكون عليه دين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَذِنَا لَهُ فِي الْبَيْعِ : لَمْ يَبِعْ إِلاَّ بِنَقْدِ الْبَلَدِ . فَإِنْ كَانَ فِيهِ نُقُودٌ بَاعَ بِجِنْسِ الدَّيْنِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جِنْسُ الدَّيْنِ : بَاعَ بِمَا يَرَى أَنَّهُ أَصْلَحَ ﴾ .

إذا أذنا للعدل ، أو أذن الراهن للمرتهن في البيع ، فلا يخلو : إما أن يعين نقداً . أو يطلق . فإن عين نقداً لم يجز بيعه بما يخالفه .

وإن أطلق ، فلا يخلو : إما أن يكون في البلد نقد واحد ، أو أكثر . فإن كان في البلد نقد واحد باع به . وإن كان فيه أكثر ، فلا يخلو : إما أن تتساوى أولا . فإن لم تتساو باع بأغلب نقود البلد . بلا نزاع .

وظاهر كلام المصنف هٰهنا : أنه يبيع بجنس الدين مع عدم التساوي .

قال ابن منجا فى شرحه : فيجب حمل كلامه على ما إذا كانت النقود متساوية . انتهى .

وإن تساوت النقود : باع بجنس الدين . على الصحيح من المذهب . وهو الذى قطع به المصنف هنا . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وتذكرة ابن عبدس ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يبيع بما يرى أنه أحظُّ . اختاره القاضى . واقتصر عليه فى المغنى .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الشرح ، والفروع .

فعلى المذهب : إن لم يكن فيها جنس الدين : باع بما يرى أنه أصلح . بلا نزاع . فإن تساوت عنده فى ذلك عين الحاكم له ما يبيعه به .

فوائد

إحداها : لو اختلف الراهن والمرتهن على العدل فى تعيين النقد ، لم يسمع قول واحد منهما . ويرفع الأمر إلى الحاكم ، فيأمره ببيعه بنقد البلد ، سواء كان من جنس الحق أو لم يكن ، وافق قول أحدهما أولا .

قال المصنف : والأولى أنه يبيعه بما يرى الحظ فيه .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : لا يبيع الوكيل هنا نَساء ، قولاً واحداً عند الجمهور . وذكر القاضى رواية يجوز ، بناء على الموكل . ورد .

الثالثة : إذا باع العدل بدون المثل ، عالماً بذلك . فقال المصنف فى المغنى : لا يصح بيعه . لكنه علله بمخالفته . وهو منتقض بالوكيل . ولهذا ألحقه القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول : ببيع الوكيل . فصححاه وضمناه النقص . ذكره فى القاعدة الخامسة والأربعين .

قال الشارح ، قال شيخنا : لم يصح . وقال أصحابنا : يصح ، ويضمن النقص كله . وهو المذهب ، على ما يأتى فى الوكالة .

قوله ﴿ وَإِنْ ادَّعَى دَفْعَ الثَّمَنِ إِلَى المرتَهِنِ . فَأَنْكَرَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَضَاهُ بِبَيِّنَةٍ : ضَمِنَ ﴾ .

إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن وأنكر ، فلا يخلو : إما أن يدفعه ببينة أو بحضرة الراهن ، أولا . فإن دفعه ببينة ، وسواء كانت حاضرة أو غائبة ، حية أو ميتة : قبل قوله عليهما . وكذا لو كان بحضرة الراهن يقبل قوله . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ينبغى الضمان إذا دفعه إليه بحضرة الراهن ، اعتماداً على أن الساكت لا ينسب إليه قول عليهما فى تسليمه . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والخلاصة .

وقيل : يصدق العدل مع يمينه على راهنه ، ولا يصدق على المرتهن . اختاره القاضى . قاله فى المغنى والشرح . واختاره أبو الخطاب فى الهداية .

وقيل : يصدق عليهما فى حق نفسه . اختاره القاضى . قاله فى الهداية وغيره . واختاره الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى رءوس مسائلها . قاله فى المغنى .

قال فى الشرح : ذكره الشريف أبو جعفر . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والحاويين ، وغيرهم .

وأطلق الآخر فى المغنى ، والكافى ، والشرح .

فعلى المذهب : يحلف المرتهن ، ويرجع على أيهما شاء .

فإن رجع على العدل : لم يرجع العدل على الراهن . وإن رجع على الراهن : رجع على العدل . قاله فى الرعاية الكبرى .

قال فى الفروع : فيرجع على راهنه وعلى العدل .

وقال فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص وغيرهم : يرجع على الراهن ، والراهن يرجع على العدل . انتهوا .

وعلى الوجه الثانى : إذا حلف المرتهن رجع على من شاء منهما . فإن رجع على العدل لم يرجع على الراهن . لأنه يقول : ظلمنى وأخـذ منى بغير حق . قاله المصنف فى المغنى ، والشارح .

وإن رجع على الراهن ، فعنه يرجع على العدل أيضاً . لأنه مفرط . على الصحيح . قدمه فى الـكافى .

وعنه لايرجع عليه . لأنه أمين فى حقه ، سواء صدقه أو كذبه ، إلا أن يكون أمره بالإشهاد فلم يشهد . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وعلى الثالث : يقبل قوله مع يمينه على المرتهن فى إسقاط الضمان عن نفسه . ولا يقبل فى نفى الضمان عن غيره . فيرجع على الراهن وحده .

تنبيه : قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الوَكِيلُ ﴾ .

يأتى حكم الوكيل فى كلام المصنف فى باب الوكالة فيما إذا وكله فى قضاء دين فقضاه ولم يشهد .

قوله ﴿ فَإِنْ عَزَلَهُمَا : صَحَّ عَزْلُهُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه ، وعليه جمهور الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : لايصح . وهو توجيه لصاحب الإرشاد ، سداً لذريعة الحيلة . لأن فيه تغريراً بالمرتهن . فيعايى بها على هذا القول .

قال فى القاعدة الستين : ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين أن يوجد حاكم يأمر بالبيع أولا ، من مسألة الوصية . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ أَنْ لاَ يَبِيعَهُ عِنْدَ الْحُلُولِ ، أَوْ إِنْ جَاءَهُ بِحَقِّهِ فِى مَحَلِّهِ ، وَإِلاَّ فَالرَّهْنُ لَهُ : لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ﴾ بلا نزاع ﴿ وفى صِحَّةِ الرَّهْنِ رِوايتانِ ﴾ .

اعلم أن كل شرط وافق مقتضى العقد إذا وجد لم يؤثر فى العقد ، وإن لم يقتضه العقد ، كالمحرم والمجهول والمعدوم ، وما لا يقدر على تسليمه ونحوه ، أو نافى العقد ، كعدم بيعه عند الحلول ، أو إن جاء بحقه فى محله ، وإلا فالرهن له : فالشرط فاسد .

وفى صحة الرهن روايتان ، كالبيع إذا اقترن بشرط فاسد . وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والحاويين ، والفائق .

إحداهما : لا يصح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، فيما إذا شرط ما ينافيه . ونصراه .

والثانية : يصح . وهو المذهب . نصره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، فيما إذا شرط ما ينافيه . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين .

قال فى الفروع : وكل شرط وافق مقتضاه لم يؤثر . وإن لم يقتضه أو نافاه ، نحو كون منافعه له . وإن جاءه بحقه فى محله ، وإلا فهو له ، أو لا يقتضيه : فهو فاسد . وفى العقد رواية البيع .

وقد تقدم فى شروط البيع أنه : لو شرط ما ينافى مقتضاه : أنه يصح . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

فيكون هذا كله كذلك .

وقيل : ما ينقص بفساده حق المرتهن : يبطله ، وجهاً واحداً . وما لا ينقص به : فيه الروايتان .

وقيل : إن سقط دين الرهن فسد ، وإلا فالروايتان ، إلا جعل الأمة فى يد أجنبى عزب . لأنه لا ضرر .

وفى الفصول احتمال : يبطل فيه أيضاً ، بخلاف البيع . لأنه القياس .

وقال فى الفائق ، وقال شيخنا : لا يفسد الثانى ، وإن لم يأته صار له وفعله الإمام .

قلت : فعليه غلق الرهن : استحقاق المرتهن له بوضع العقد ، لا بالشرط ، كما لو باعه منه . انتهى .

قال فى الفروع ـ بعد أن نقل كلامه فى الفصول ـ ثم إذا بطل ، وكان فى بيع ففى بطلانه لأخذه حظا من الثمن أم لا ؟ لانفراده عنه كمهر فى نكاح ـ احتمالان . انتهى .

قوله ﴿ وَإِذَا اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الدَّيْنِ ، أَوِ الرَّهْنِ ، أَوْ رَدِّهِ ، أَوْ قَالَ : أَقْبَضْتُكَ عَصِيرًا ؟ قَالَ : بَلْ خَمْرًا . فَالقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ ﴾ .

أما إذا اختلفا فى قدر الدين الذى وقع الرهن به ، نحو أن يقول : رهنتك عبدى بألف . فيقول المرتهن : بل بألفين . فالقول قول الراهن . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : القول قول المرتهن ، ما لم يدع أكثر من قيمة الرهن . وهو قول مالك ، والحسن ، وقتادة .

فعلى المذهب : يقبل قول الراهن فى قدر ما رهنه ، سواء اتفقا على أنه رهن بجميع الدين أو اختلفا .

فلو اتفقا على قدر الدين . فقال الراهن : رهنتك ببعضه . فقال المرتهن : بل بكله ، فالقول قول الراهن .

ولو اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين . فقال الراهن : بل بالمؤجل منهما . وقال المرتهن : بل بالحال . فالقول قول الراهن أيضاً .

وأما إذا اختلفا فى قدر الرهن ، نحو قوله : رهنتك هذا . فقال المرتهن : وهذا أيضاً . فالقول قول الراهن . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه يتحالفان فى المشروط .

وذكر أبو محمد الجوزى : يقبل قول المدعى منهما .

فائدة : لو قال : رهنتك على هذا . قال : بل هذا ، قُبل قول الراهن .

وأما إذا اختلفا فى رد الرهن . فالقول قول الراهن . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد : هذا المشهور . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال أبو الخطاب ، وأبو الحسين : يخرج فيه وجه آخر بقبول قول المرتهن بناء على المضارب والوكيل بجعل . فإن فيهما وجهين .

وخرج هذا الوجه المصنف أيضاً فى هذا الكتاب فى باب الوكالة ، بعد قوله « وإن اختلفا فى رده إلى الموكل » حيث قال « وكذلك يخرج فى الأجير والمرتهن » وأطلقهما فى أصل المسألة فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

فوائد

الأولى : لو ادعى المرتهن : أنه قبضه منه ، قُبل قوله إن كان بيده . فلو قال : رهنته . فقال الراهن : بل غصبته ، أو هو وديعة عندك ، أو عارية . فهل القول قول المرتهن ، أو الراهن ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وأطلقهما فى الفائق فى الغصب .

أحدهما : القول قول الراهن . جزم به فى الحاويين . وجزم به فى الرعاية الصغرى فى الوديعة والعارية . وقدمه فى الغصب . وقدمه فى الفائق فى الوديعة ، والعارية . وجزم به فى المغنى ، والشرح فى العارية والغصب .

وقيل : القول قول المرتهن .

قال فى التلخيص : الأقوى قول المرتهن فى أنه رهن وليس بغصب .

الثانية : لو قال : أرسلت وكيلك ، فرهن عندى هذا على ألفين قبضتهما منى فقال : ما أذنت له إلا فى رهنه بألف . فإن صدق الرسول الراهن حلف ما رهنه

إلا بألف ، ولا قبض غيره . ولا يمين على الراهن . وإن صدق المرتهن حلف الراهن ، وعلى الرسول ألف . ويبقى الرهن بألف .

الثالثة : لو قال : رهنتك عبدى الذى بيدى بألف . فقال : بل بعتنى هو بها أو قال : بعتك هو بها . فقال : بل رهننى هو بها — حلف كل منهما على نفى ما ادعى عليه . ويسقط ، ويأخذ الراهن رهنه . وتبقى الألف بلا رهن .

الرابعة : لو قال : رهنته عندك بألف قبضتها منك ، وقال من هو بيده : بل بعتنى هو بها : صدق ربه ، مع عدم بينة ، بقول خصمه فلا رهن ، وتبقى الألف بلا رهن .

الخامسة : من طلب منه الرد . وقُبل قوله ، فهل له تأخيره ليشهد ؟ فيه وجهان إن حلف وإلا فلا . وفى الحلف احتمال . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية الكبرى ، فى الوكالة : وكل أمين يقبل قوله فى الرد وطلب منه ، فهل له تأخيره حتى يشهد عليه ؟ فيه وجهان . إن قلنا : يحلف ، وإلا لم يؤخره لذلك . وفيه احتمال . انتهى .

وأطلق الوجهين فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

وقطع المصنف ، والشارح : ليس له التأخير . ذكراه فى آخر الوكالة .

وكذا مستعير ونحوه لا حجة عليه . وقدم فى الرعاية الكبرى أنه لا يؤخره .

ثم قال : قلت : بلى .

وقطع بالأول فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والمصنف ، والشارح .

وإن كان عليه حجة أخرى ، كدين بحجة . ذكره الأصحاب . ولا يلزم دفع الوثيقة . بل الإشهاد بأخذه .

قال فى الترغيب : ولا يجوز للحاكم إلزامه . لأنه ربما خرج ما قبضه مستحقاً فيحتاج إلى حجة بحقه .

وكذا الحكم فى تسليم بائع كتاب ابتياعه إلى مشتر .

وذكر الأزجي : لا يلزمه دفعه حتى يزيل الوثيقة . ولا يلزم رب الحق الاحتياط بالاشهاد .

وعنه في الوديعة : يدفعها ببينة إذا قبضها ببينة .

قال القاضي : ليس هذا للوجوب ، كالرهن والضمين والإشهاد في البيع .

قال ابن عقيل : حمله على ظاهره للوجوب أشبه .

وأكثر الأصحاب ذكروا هذه المسألة في أواخر الوكالة .

وأما إذا قال الراهن : أقبضتك عصيراً . قال المرتهن : بل خمراً . ومراده : إذا شرط الرهن في البيع . صرح به الأصحاب . منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

فالصحيح من المذهب : أن القول قول الراهن . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وعنه : القول قول المرتهن . وجعلها القاضي كالحلف في حدوث العيب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ الرَّاهِنُ : أَنَّهُ أَعْتَقَ العَبْدَ قَبْلَ رَهْنِهِ ، عَتَقَ وأُخِذَتْ مِنْهُ قِيمتُه رَهْنًا ﴾ .

اعلم أن حكم إقرار الراهن بعتق العبد المرهون ، إذا كذبه المرتهن : حكم مباشرته لعتقه حالة الرهن ، خلافاً ومذهباً كما تقدم . فليراجع . هذا الصحيح من المذهب .

وقيل : إن أقر بالعتق بطل الرهن مجانا ويحلف على البت .

وقال ابن رزين في نهايته ـ وتبعه ناظمها ـ وإن أقر الراهن بعتقه قبل رهنه قبل على نفسه لا المرتهن .

وقيل : يقبل من الموسر عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ أَنَّهُ كَانَ جَنَى ﴾ .

قبل على نفسه ، ولم يقبل على المرتهن ، إلا أن يصدقه .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يقبل إقرار الراهن على المرتهن : أيضاً . لأنه غير متهم . ويحلف له .

فعلى المذهب : يلزم المرتهن اليمين : أنه مايعلم ذلك . فإن نكل قضى عليه .

قوله ﴿ أَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ ، أَوْ غَصَبَهُ : قُبِلَ عَلَى نَفْسِهِ . وَلَمْ يُقْبَلْ عَلَى المرْتَهِنِ ، إلاَّ أَنْ يُصَدِّقَهُ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : حكمه حكم الإقرار بالعتق ، على ما تقدم .

فيأتى هنا وجه : أن الرهن يبطل مجانا .

وقال ابن رزين فى نهايته ، وناظمها هنا كما قال فى الإقرار بالعتق . وجعلا الحكم واحداً .

فائدة : لو أقر الراهن بالوطء بعد لزوم الرهن : قُبل فى حقه . ولم يقبل فى حق المرتهن . على الصحيح من المذهب . ويحتمل أن يقبل فى حق المرتهن أيضاً

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ الرَّهْنُ مَرْكُوباً أَوْ مَحْلُوباً ، فَلِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَرْكَبَ وَيَحْلِبَ بِقَدْرِ نَفَقَتِهِ ، مُتَحَرِّياً لِلْعَدْلِ فِي ذَلِكَ ﴾ .

وهذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية محمد بن الحكم ، وأحمد بن القاسم . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والخرقى ، والعمدة ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قال الناظم : وهو أولى .

قال الزركشى : هذه المشهورة ، والمعمول بها فى المذهب . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا يجوز .

نقل ابن منصور ـ فيمن ارتهن دابة ، فعلفها بغير إذن صاحبها ـ فالعلف على المرتهن . من أمره أن يعلف ؟

وهذه الرواية ظاهر ما أورده ابن أبى موسى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لافرق بين حضور الراهن وغيبته ، وامتناعه وعدمه . وهو صحيح . وهو المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين وغيرهم . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وأبى الخطاب ، والمجد وغيرهم .

وذكر جماعة : يجوز ذلك مع غيبة الراهن فقط . منهم القاضى فى الجامع الصغير ، وأبو الخطاب فى خلافه ، وصاحب التلخيص ، والحاويين .

زاد فى الرعايتين : أو منعها .

وشرط أبو بكر فى التنبيه : امتناع الراهن من النفقة .

وحمل ابن هبيرة فى الإفصاح كلام الخرقى على ذلك .

وقال ابن عقيل فى التذكرة : إذا لم يترك راهنه نفقته فعل ذلك .

تنبيهان

أحدهما : قد يقال : دخل فى قوله « أو محلوباً » الأمة المرضعة . وهو أحد الوجهين . جزم به الزركشى . وصححه فى الرعاية الكبرى . وأشار إليه أبو بكر فى التنبيه .

وقيل : لاتدخل . وهما روايتان مطلقتان فى الرعاية الصغرى .

الثانى : ظاهر كلام المصنف وغيره : أنه لا يجوز للمرتهن أن يتصرف فى غير المركوب والمحلوب . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وهو من المفردات .

قال المصنف ، والشارح : ليس للمرتهن أن ينفق على العبد والأمة ويستخدمهما بقدر النفقة ، على ظاهر المذهب . ذكره الخرقى . ونص عليه فى رواية الأثرم .

قال الزركشى : هذا أشهر الروايتين .

ونقل حنبل : له أن يستخدم العبد . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الفائق . وصححه فى الرعاية الكبرى .

لكن قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة . وأطلقهما فى المحرر ، وشرحه ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

فائدتان

إحداهما : إن فضل من اللبن فضلة باعه ، إن كان مأذوناً له فيه ، وإلا باعه الحاكم . وإن فضل من النفقة شىء رجع به على الراهن . قاله أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وغيرهما .

وظاهر كلامهم الرجوع هنا . وإنما لم يرجع إذا أنفق على الرهن فى غير هذه الصورة . قاله الزركشى .

وقال : لكن ينبغى أنه إذا أنفق متطوعاً لا يرجع بلا ريب . وهو كما قال .

الثانية : يجوز له فعل ذلك كله بإذن المالك ، إن كان عنده بغير رهن . نص عليهما .

وقال فى المنتخب : أو وجهلت المنفعة .

وكره الإمام أحمد رحمه الله أكل الثمرة بإذنه .

ونقل حنبل : لايسكنه إلا بإذنه ، وله أجرة مثله .

قوله ﴿ وَإِنْ أَنْفَقَ عَلَى الرَّهْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ ، مَعَ إِمْكَانِهِ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ ﴾ .

إذا أنفق المرتهن على الرهن بغير إذن الراهن ، مع إمكانه ، فلا يخلو ، إما أن ينوى الرجوع أو لا . فإن لم ينو الرجوع ، فهو متبرع بلا نزاع أعلمه .

وإن نوى الرجوع : فهو متبرع . على الصحيح من المذهب .

وهو ظاهر ماجزم به المصنف هنا . وهو ظاهر ماجزم فى الهداية ، والمذهب ،

والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .

وحكى جماعة رواية : أنه كإذنه أو إذن حاكم .

قال المصنف : يخرج على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه .

قال الشارح : وهذا أقيس . إذ لايعتبر في قضاء الدين العجز عن استئذان الغريم . ويأتي كلامه في القواعد بعد هذا .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجَزَ عَنِ اسْتِئْذَانِهِ ، وَلَمْ يَسْتَأْذِنَ الْحَاكِمَ . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغني ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والفروع .

إحداهما : يشترط إذنه . فإن لم يستأذنه فهو متبرع .

قال شارح المحرر : إذن الحاكم كإذن الراهن عند تعذره . وصححه في التصحيح . وجزم به ابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وظاهر ماجزم به في الفروع : أنه يشترط إذن الحاكم مع القدرة عليه .

والرواية الثانية : لايشترط إذنه . ويرجع على الراهن بما أنفق . وهو ظاهر ماجزم به في المحرر . وجزم به الوجيز .

قال في القواعد : إذا أنفق على عبد أو حيوان مرهون . ففيه طريقتان .

أشهرهما : أن فيه الروايتين اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره .

كذلك قال القاضي في المجرد والروايتين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والأكثرون . والمذهب عند الأصحاب الرجوع . ونص عليه في رواية أبي الحارث .

والطريق الثاني : أنه يرجع ، رواية واحدة . انتهى . فكلامه عام .

فائدة : لو تعذر استئذان الحاكم ، رجع بالأقل مما أنفق أو بنفقة مثله إن

أشهد . وإن لم يشهد فهل له الرجوع إذا نواه ؟ على روايتين . وأطلقهما فى الفروع

قلت : المذهب أنه متى نوى الرجوع مع التعذر ، فله ذلك . وعليه أكثر الأصحاب . ورجحه المصنف فى المغنى ، وغيره . وفى القواعد هنا كلام حسن .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْوَدِيعَةِ ، وَفِي نَفَقَةِ الْجِمَالِ إِذَا هَرَبَ الْجمالُ وَتَرَكَهَا فِي يَدِ الْمُكْتَرِي ﴾ .

قال فى الوجيز ، والفروع ، وغيرهما : وكذا حكم كل حيوان مؤجر ومودع . وكذا قال فى المحرر ، والفائق . وزاد : وإذا أنفق على الآبق حالة رده .

ويأتى ذلك فى الجعالة .

وقال فى الهداية وغيرها : وكذلك الحكم إذا مات العبد المرهون فكفنه .

أما إذا أنفق على الحيوان المودع ، فقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : إذا أنفق عليه ناوياً للرجوع . فإن تعذر استئذان مالكه رجع . وإن لم يتعذر فطريقان .

أحدهما : أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى . والمذهب فى قضاء الدين : الرجوع ، كما يأتى فى باب الضمان . قال : وهذه طريقة المصنف فى المغنى .

والطريق الثانى : لا يرجع قولا واحداً . وهذه طريقة صاحب المحرر ، متابعا لأبى الخطاب . انتهى .

قلت : وهذه الطريقة هى المذهب . وهى طريقة صاحب التلخيص ، والفروع ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

ويأتى الكلام فى هذا فى الوديعة بأتم من هذا .

وأما إذا أنفق على الجمال إذا هرب الجمال ، فقال فى القاعدة المتقدمة : إذا أنفق على الجمال بغير إذن الحاكم . ففى الرجوع روايتان .

قال : ومقتضى طريقة القاضى : أنه يرجع . رواية واحدة .

ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم، بخلاف ما ذكروه فى الرهن.

واعتبروه فى المودع واللقطة.

وفى المغنى. إشارة إلى التسوية بين الكل فى عدم الاعتبار، وأن الانفاق بدون إذنه: يخرج على الخلاف فى قضاء الدين.

وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع.

وفى المغنى وغيره: وجه آخر أنه لا يعتبر. وهو الصحيح. انتهى.

قوله ﴿ وَإِنْ انْهَدَمَتْ الدَّارُ، فَعَمَّرَهَا المرْتَهِنُ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ: لَمْ يَرْجِعْ بِهِ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ﴾.

وكذلك قال القاضى فى المجرد، وصاحب المحرر، وغيرهم. وهذ المذهب، بلا ريب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى المغنى، والشرح، والوجيز. وغيرهم. وقدمه فى الفروع، والقواعد الفقهية.

فعلى هذا: لا يرجع إلا بأعيان آلته.

وجزم القاضى فى الخلاف الكبير: أنه يرجع بجميع ما عمر فى الدار. لأنه من مصلحة الرهن. وجزم به فى النوادر. وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله، فيمن عمر وقفا بالمعروف: ليأخذ عوضه. فيأخذه من مغله.

وقال ابن عقيل: ويحتمل عندى أنه يرجع بما يحفظ أصل مالية الدار لحفظ وثيقته.

وقال ابن رجب فى القاعدة المذكورة أعلاه، ولو قيل: إن كانت الدار بعد ما خرب منها تحرز قيمة الدين المرهون به لم يرجع. وإن كان دون حقه، أو فوق حقه، ويخشى من تداعيها للخراب شيئاً فشيئا، حتى تنقص عن مقدار الحق. فله أن يعمر ويرجع: لكان متجها. انتهى.

قلت: وهو قوى.

قوله ﴿ وَإِذَا جَنَى الرَّهْنُ جِنَايَةً مُوجِبَةً لِلْمَالِ ، تَعَلَّقَ أَرْشُهُ بِرَقَبَتِهِ وَلِسَيِّدِهِ فِدَاؤُهُ بِالْأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، أَوْ بَيْعُهُ فِي الْجِنَايَةِ أَوْ تَسْلِيمُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ . فَيَمْلِكُهُ ﴾ .

يعنى إذا كانت الجناية تستغرقه ، إذا اختار السيد فداءه ، فله أن يفديه بأقل الأمرين : من قيمته أو أرش جنايته ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايتين .

قال الشارح : هذا أصح الروايتين . وصححه فى النظم وغيره . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق وغيرهم .

قال ابن منجا وغيره : هذا المذهب .

وعنه إن اختار فداءه لزمه جميع الأرش . وهما وجهان مطلقان فى الكافى .

تنبيه : خير المصنف السيد بين الفداء والبيع والتسليم . [وهو المذهب هنا .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، والمغنى ، وتجريد العناية ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

وقال فى المغنى ، والشرح : يخير السيد بين فدائه و بين تسليمه للبيع . فاقتصر عليهما .

وأما الزركشى فقال : الخيرة بين الثلاثة : إحدى الروايات . والرواية الثانية : يخير بين فدائه و بيعه . والرواية الثالثة : يخير بين فدائه ، أو دفعه بالجناية .

وهذه الروايات ذكرهن فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما فى مقادير الديات .

و يأتى ذلك فى باب مقادير ديات النفس فى كلام المصنف .

و يأتى هناك : إذا جنى العبد عمداً وأحكامه .

ولم نر من ذكرهن هنا إلا الزركشي . وهو قياس مافى مقادير الديات . بل هذه المسألة هنا فرد من أفراده هناك . لكن اقتصارهم هنا على الخيرة بين الثلاثة وهنا بين شيئين على الصحيح ــ على ما يأتى ــ يدل على الفرق . ولا نعلمه .

لكن ذكر فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، وتذكرة ابن عبدوس ــ بعد أن قطعوا بما تقدم ــ أن غير المرهون كالمرهون . وهو أظهر . إذ لا فرق بينهما . والله أعلم][1] .

[قال الزركشى : هذا إحدى الروايات فى الرعايتين ، الحاويين . وجزم به ابن منجا فى شرحه . وهو ظاهر ما جزم به الشارح .

والثانية : يخير بين البيع والفداء . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والثالثة : يخير بين التسليم والفداء . وأطلقهن الزركشى .

ويأتى ذلك فى باب مقادير ديات النفس فى كلام المصنف . ويأتى هناك : إذا جنى العبد عمداً وأحكامه][2] .

قوله ﴿ فإنْ لَمْ يَسْتَغْرِقِ الْأَرْشُ قِيمَتَهُ : بِيعَ مِنْهُ بِقَدْرِهِ . وَبَاقِيهِ رَهْنٌ ﴾

هذا المذهب . قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والكافى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والخلاصة .

وقيل : يباع جميعه . ويكون باقى ثمنه رهنا . وهو احتمال فى الحاويين . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والتلخيص ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : ويباع بقدر الجناية .

فإن نقصت قيمته بالتشقيص : بيع كله .

---

(١) مابين المربعين زيادة بخط المصنف فى هامش نسخته .

(٢) مابين المربعين زيادة بالأحمدية .

قلت : وهو الصواب .

تنبيه : محل الخلاف عند المصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم : إذا لم يتعذر بيع بعضه . أما إن تعذر بيع بعضه : فإنه يباع جميعه قولا واحد .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ اخْتَارَ المرْتَهِنُ فِدَاءَهُ ، فَفَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ : رَجَعَ بِهِ ﴾ .

بلا نزاع . و يأتى قريباً : لو شرط المرتهن جعله رهناً بالفداء مع الدين الأول : هل يصح أم لا ؟ .

وقوله ﴿ وَإِنْ فَدَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ ؟ على روايتين ﴾ .

وتحرير ذلك : أن المرتهن إذا اختار فداءه ففداه ، فلا يخلو : إما أن يكون بإذن الراهن أولا . فإن فداه بإذن الراهن : رجع بلا نزاع .

لـكن هل يفديه بالأقل من قيمته ، أو أرش جنايته ؟ أو يفديه بجميع الأرش ؟ فيه الروايتان المتقدمتان .

و إن فداه بغير إذنه ، فلا يخلو : إما أن ينوى الرجوع أولا . فإن لم ينو الرجوع : لم يرجع . و إن نوى الرجوع ، فهل يرجع به ؟ على روايتين و يحمل كلام المصنف على ذلك . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والزركشى .

قال أبو الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والحاويين ، والزركشى ، وغيرهم : بناء على من قضى دين غيره بغير إذنه .

و يأتى فى باب الضمان : أنه يرجع . على الصحيح من المذهب . فـكذا هنا عند هؤلاء .

إحداهما : لا يرجع . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، والوجيز . وصححه فى التصحيح ، والنظم .

قلت : وهو أصح . لأن الفداء ليس بواجب على الراهن .

قال فى القواعد : قال أكثر الأصحاب : ـ القاضى وابن عقيل ، وأبى الخطاب ـ إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع .

وقال الزركشى . وقيل : لايرجع هنا . و إن رجع من أدى حقاً واجباً عن غيره . اختاره أبو البركات .

والرواية الثانية : يرجع . قال الزركشى : و به قطع القاضى ، والشريف ، وأبوالخطاب فى خلافيهما . وهذا المذهب عند من بناه على قضاء دين غيره بغير إذنه .

فوائد

إحداها : لو تعذر استئذانه ، فقال ابن رجب : خرج على الخلاف فى نفقة الحيوان المرهون ، على ماتقدم .

وقال صاحب المحرر : لا يرجع بشىء . وأطلق . لأن المالك لم يجب عليه الافتداء هنا . وكذلك لو سلمه لم يلزمه قيمته ليكون رهناً .

وقد وافق الأصحاب على ذلك . و إنما خالف فيه ابن أبى موسى . انتهى .

الثانية : لو شرط المرتهن كونه رهناً بفدائه ، مع دينه الأول : لم يصح . وقدمه فى الكافى ، والرعاية الكبرى .

وفيه وجه آخر : يصح . اختاره القاضى . وقدمه الزركشى .

قال فى الفائق : جاز فى أصح الوجهين .

قلت : فيعايى بها .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع [والمصنف فى هذا الكتاب ، فى مقادير الديات] .

الثالثة : لو سلمه لولى الجناية فرده ، وقال : بعهُ وأحضر الثمن : لزم السيد ذلك . على إحدى الروايات[1] . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

---

(١) فى الأحمدية « على الصحيح من المذهب » .

وعنه لا يلزمه . وقيل : يبيعه الحاكم .

قلت : وهو الصواب . صححه فى الخلاصة ، والتصحيح .

قال فى الرعاية ـ من عنده ـ هذا إذا لم يفده المرتهن .

وتأتى هذه المسألة فى كلام المصنف فى آخر باب مقادير ديات النفس محررة مستوفاة .

قوله ﴿ وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقِصَاصِ ، فَلِسَيِّدِهِ الْقِصَاصُ ﴾

هذا المذهب مطلقاً . جزم به فى الشرح ، والوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر ، والكافى ، والفروع . وقدمه ابن منجا فى شرحه ، ونهاية ابن رزين ، ونظمهما .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : جواز القصاص .

وقيل : ليس له القصاص بغير رضى المرتهن . وحكاه ابن رزين رواية . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة . واختاره القاضى ، وابن عقيل . قاله فى القواعد . وقدمه فى الفائق ، والرعايتين .

وقال فى الحاويين : ولسيده القود فى العمد برضى المرتهن . وإلا جعل قيمة أقلهما قيمة رهنا . نص عليه .

قال فى التلخيص : ولا يقتص إلا بإذن المرتهن ، أو إعطائه قيمته رهناً مكانه

قوله ﴿ فَإِنِ اقْتَصَّ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ أَقَلِّهِمَا قِيمَةً ، تُجْعَلُ مَكَانَهُ ﴾ .

يعنى يلزم الضمان . وهذا المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة . والوجيز ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقال الزركشي : هذا المشهور عند الأصحاب ، والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى القواعد الفقهية : اختاره القاضى ، والأكثرون .

وقيل : لايلزمه شىء . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح .

قال فى المحرر : وهو أصح عندى . وقطع به ابن الزاغونى فى الوجيز . وحكى عن القاضى . قاله الزركشى .

وحكاهما فى الكافى وجهين ، وأطلقهما .

تنبيه : قوله ﴿ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ أَقَلِّهِمَا قِيمَةً ﴾

هكذا قال المصنف هنا ، والشارح ، وصاحب الحاويين ، والفائق . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

قال فى القواعد : قاله القاضى ، والأكثرون .

وقيل : يلزمه أرش الجناية . وجزم به فى المحرر . وقدمه فى الرعاية الكبرى

قال فى القواعد : وهو المنصوص .

قال ابن منجا ، قال فى المغنى : إن اقتص أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهنا

قال : فظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجانى . قال : وهو متجه . انتهى

قلت : الذى وجدناه فى المغنى فى الرهن ـ عند قول الخرقى « وإذا جرح العبد المرهون أو قتل فالخصم فى ذلك السيد » ـ أنه قال : فإذا اقتص أخذت منه قيمة أقلهما قيمة ، فجعلت مكانه رهنا . نص عليه . هذا لفظه .

فلعل ابن منجا رأى ما قال فى غير هذا المكان .

تنبيهات

الأول : معنى قوله « فعليه قيمة أقلهما قيمة » لو كان العبد المرهون يساوى عشرة وقاتله يساوى خمسة ، أو عكسه : لم يلزم الراهن إلا خمسة . لأنه فى الأولى

لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر . وفى الثانية : لم يكن حق المرتهن متعلقا إلا بذلك القدر .

الثانى : محل الوجوب : إذا قلنا الواجب فى القصاص أحد شيئين . فإذا عينه بالقصاص ، فقد فوت المال الواجب على المرتهن .

وظاهر كلامه فى الكافى : أن الخلاف على قولنا « موجب العمد القود عينا » فأما إن قلنا : موجبه أحد شيئين : وجب الضمان .

قال فى القواعد : وهو بعيد .

وأما إذا قلنا : الواجب القصاص عينا ، فإنه لايضمن قطعاً .

وأطلق القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف هنا الخلاف من غير بناء .

قال فى القواعد : ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد شيئين .

قال فى التلخيص : وإن عفا ـ وقلنا الواجب أحد أمرين ـ أخذت منه القيمة ، وإن قلنا : الواجب القصاص ، فلا قيمة على أصح الوجهين .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ فَاقْتُصَّ مِنْهُ ، هُوَ أَوْ وَرَثَتُهُ ﴾ .

وكذا قال الأصحاب . يعنى حكمه حكم ما إذا كانت الجناية على العبد المرهون من أجنبى ، واقتص السيد : من الخلاف والتفصيل على ما مر .

قال المصنف ، وابن رزين ، والشارح : فإن كانت الجناية على سيد العبد فلا يخلو : إما أن تكون موجبة للقود ، أو غير موجبة له ، كجناية الخطأ ، أو إتلاف المال .

فإن كانت خطأ ، أو موجبة للمال : فهدر .

وإن كانت موجبة للقود ، فلا يخلو : إما أن يكون على النفس أو على مادونها .

فإن كانت على مادونها ، بأن عفا على مال : سقط القصاص ، ولم يجب المال .

وكذلك إن عفا على غير مال . وإن أراد أن يقتص فله ذلك . فإن اقتص فعليه قيمته تكون رهنا مكانه ، أو قضاء عن الدين .

قال الشارح : ويحتمل أن لايجب عليه شيء .

وكذلك إن كانت الجناية على النفس، فاقتص الورثة ، فهل تجب عليهم القيمة ؟ يخرج على ماذكرنا . وليس للورثة العفو على مال .

وذكر القاضي وجهاً : لهم ذلك . وأطلقهما في الفروع .

فإن عفا بعض الورثة سقط القصاص . وهل يثبت لغير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين . انتهى كلامهما .

قوله ﴿ فَإِنْ عَفَا السَّيِّدُ عَلَى مَالٍ ، أَوْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْمَالِ . فَمَا قَبَضَ مِنْهُ جُعِلَ مَكَانَهُ ﴾ .

لاأعلم فيه خلافا .

فائدة : لو عفا السيد على غير مال أو مطلقاً ـ وقلنا : الواجب القصاص عينا ـ كان كما لو اقتص . فيه القولان السابقان . قاله المصنف ، والشارح .

وصحح صاحب التلخيص : أنه لاشيء على السيد هنا ، مع أنه قطع هناك بالوجوب . كما هو المنصوص .

قوله ﴿ فَإِنْ عَفَا السَّيِّدُ عَنِ المَالِ : صَحَّ فِي حَقِّهِ . وَلَمْ يَصِحّ فِي حَقِّ المرْتَهِنِ . فَإِذَا انفكَّ الرَّهْنُ رُدَّ إِلَى الْجَانِي ﴾ .

يعني إذا عفا السيد عن المال الذي وجب على الجاني بسبب الجناية : صح في حق الراهن . ولم يصح في حق المرتهن ، بمعنى أنه يؤخذ من الجاني الأرش ، فيدفع إلى المرتهن . فإذا انفك الرهن رد ما أخذ من الجاني إليه . وهذا المذهب .

قال في الفروع : هذا الأشهر . واختاره القاضي . وجزم به في الوجيز ، والنظم . وقدمه في الشرح ، وشرح ابن منجا ، وابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والفائق ، والحاويين .

وقال أبو الخطاب : يصح . وعليه قيمته - يعنى على الراهن قيمته - تجعل رهناً مكانه . جزم به فى الهداية ، والمذهب .

قال الزركشى : وهو قول صاحب التلخيص . انتهى .

وقال بعض الأصحاب : لايصح مطلقاً . واختاره المصنف فى المغنى ، وقال : هو أصح فى النظر . وقدمه فى الرعاية الكبرى . واختاره فى الفائق . وأطلقهن الزركشى .

تنبيه : محل الخلاف : إذا قلنا الواجب أحد شيئين .

فأما إن قلنا : الواجب القصاص عينا : فلا شىء على المرتهن . كما تقدم .

فعلى المذهب : إن استوفى المرتهن حقه من الراهن : رد ما أخذ من الجانى ، كما قال المصنف .

وإن استوفاه من الأرش . فقيل : يرجع الجانى على العافى . وهو الراهن . لأن ماله ذهب فى قضاء دين العافى .

قلت : وهو الصواب . ثم رأيت ابن رزين قدمه فى شرحه .

وقيل : لايرجع عليه . لأنه لم يوجد منه فى حق الجانى مايقتضى وجوب الضمان . وإنما استوفى بسبب كان منه حال ملكه له . فأشبه مالو جنى إنسان على عبده ، ثم رهنه لغيره ، فتلف بالجناية السابقة . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى والشرح ، والفائق ، والفروع ، والزركشى .

فائدة : لو أتلف الرهن متلف ، وأخذت قيمته .

قال فى القاعدة الحادية والأربعين : ظاهر كلامهم : أنها تكون رهناً بمجرد الأخذ .

وفرع القاضى على ذلك : أن الوكيل فى بيع المتلف يملك بيع البدل المأخوذ بغير إذن جديد .

وخالفه صاحب الكافى ، والتلخيص .

وظاهر كلام أبى الخطاب فى الانتصار، فى مسألة إبدال الأضحية : أنه لا يصير رهناً إلا بجعل الراهن .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِىءَ المرْتَهِنُ الجَارِيَةَ مِنْ غَيْرِ شُبْهَةٍ فَعَلَيْهِ الحَدُّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه وعليه الأصحاب . وعنه : لا حد .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَهَا بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، وَادَّعَى الجَهَالَةَ ، وَكَانَ مِثْلُهُ يَجْهَلُ ذَلِكَ . فَلاَ حَدَّ عَلَيْهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَلاَ مَهْرَ عَلَيْهِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب مطلقا . وعليه الأكثر .

وقيل : يجب المهر المكرهة .

قوله ﴿ وَوَلَدُهُ حُرٌّ لاَ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ﴾ .

يعنى إذا وطئها بإذن الراهن ، وهو يجهل . وهذا الصحيح من المذهب . قال أبو المعالى ـ فى النهاية ـ هذا الصحيح . واختاره القاضى فى الخلاف . وهو ظاهر كلامه فى الكافى . وجزم به فى الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

وقال ابن عقيل : لا تسقط قيمة الولد . لأنه حال بين الولد ومالكه باعتقاده ، فلزمته قيمته ، كالمغرور . وقدمه فى المغنى . وصححه فى الرعاية . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

فائدتان

إحداهما : لو وطئها من غير إذن الراهن ، وهو يجهل التحريم : فلا حد . وولده حر . وعليه الفداء والمهر .

الثانية : لو كان عنده رهون لا يعلم أربابها : جاز له بيعها ، إن أيس من معرفتهم . ويجوز له الصدقة بها ، بشرط ضمانها . نص عليه .

وفى إذن الحاكم فى بيعه مع القدرة عليه ، وأخذ حقه من ثمنه ، مع عدمه : روايتان ، كشراء وكيل . وأطلقهما فى الفروع . وهو ظاهر الشرح ، والمغنى .

قال فى القاعدة السابعة والتسعين : نص الإمام أحمد رحمه الله على جواز الصدقة بها فى رواية أبى طالب ، وأبى الحارث .

وتأوله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل : على أنه تعذر إذن الحاكم . وأنكر ذلك المجد وغيره . وأقروا النصوص على ظاهرها .

وقال فى الفائق : ولا يستوفى حقه من الثمن . نص عليه .

وعنه : بلى . ولو باعها الحاكم ووفاه : جاز . انتهى .

وقدم فى الرعاية الكبرى : ليس له بيعه بغير إذن الحاكم .

ويأتى فى آخر الغصب : إذا بقيت فى يده غصوب لا يعرف أربابها ، فى كلام المصنف .

ويأتى فى باب الحجر : أن المرتهن أحق بثمن الرهن فى حياة الراهن وموته مع الإفلاس ، على الصحيح من المذهب .

باب الضمان

فائدة : اختلفوا فى اشتقاقه .

فقيل : هو مشتق من « الانضمام » لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن منجا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمذهب الأحمد ، والمصنف هنا ، والرعايتين .

قال فى المستوعب : قاله بعض أصحابنا .

قال ابن عقيل : وليس هذا بالجيد .

قال الزركشى : ورُدَّ بأنَّ لام الكلمة فى « الضم » ميم . وفى « الضمان » نون . وشرط صحة الاشتقاق : وجود حروف الأصل فى الفرع .

ويجاب بأنه من الاشتقاق الأكبر . وهو المشاركة فى أكثر الأصول مع ملاحظة المعنى . انتهى .

وقيل : مشتق من « التضمن » قاله القاضى . وصوبه فى المطلع . لأن ذمة الضامن تتضمن الحق .

قال فى التلخيص : ومعناه تضمين الدين فى ذمة الضامن .

وقيل : هو مشتق من « الضِّمن » قال فى الفائق : وهو أرجح .

قال ابن عقيل : والذى يتلوَّح لى : أنه مأخوذ من « الضمن » فتصير ذمة الضامن فى ضمن ذمة المضمون عنه . فهو زيادة وثيقة . انتهى .

هذا الخلاف فى الاشتقاق . وأما المعنى : فواحد .

قوله ﴿ وَهُوَ ضَمُّ ذِمَّةِ الضَّامِنِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ فِى الْتِزَامِ الْحَقِّ ﴾

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب الأحمد ، والكافى ، والهادى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقال فى الوجيز : هو التزام الرشيد مضموناً فى يد غيره ، أو ذمته « حالا أو مآلاً .

وقال فى الفروع : هو التزام من يصح تبرعه ، أو مفلس : ماوجب على غيره مع بقائه ، وقد لايبقى .

وقال فى المحرر : هو التزام الإنسان فى ذمته دين المديون مع بقائه عليه .

وليس بمانع « لدخول من لايصح تبرعه . ولا جامع « لخروج ماقد يجب والأعيان المضمونة « ودين الميت إن برىء بمجرد الضمان « على رواية تأتى .

قال فى الفائق : وليس شاملاً ماقد يجب

وقال فى التلخيص : معناه تضمين الدين فى ذمة الضامن ، حتى يصير مطالباً به مع بقائه فى ذمة الأصيل .

فائدة : يصح الضمان بلفظ « ضمين » وكفيل ، وقبيل » وحميل ، وصبير ، وزعيم » أو يقول « ضمنت دينك » أو « تحملته » ونحو ذلك .

فإن قال « أنا أؤدى » أو « أحضر » لم يكن من ألفاظ الضمان . ولم يصر ضامناً به .

ووجه فى الفروع الصحة بالتزامه . قال : هو وظاهر كلام جماعة فى مسائل .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب : يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً . مثل قوله « زَوِّجه وأنا أؤدى الصداق ، أو بعه وأنا أعطيك الثمن ، أو اتركه ولا تطالبه وأنا أعطيك » ونحو ذلك .

قوله ﴿ وَلِصَاحِبِ الحَقِّ مُطَالَبَةُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . وله مطالبتهما معا أيضاً . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وغيره .

قوله ﴿ فِى الْحيَاةِ وَالموتِ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . وعليه الأصحاب . فلو مات أحدهما فمن التركة .

قال فى الفروع : والمذهب حياة وموتاً .

وعنه يبرأ المديون بمجرد الضمان إن كان ميتاً مفلساً . نص عليه ، على ما يأتى .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ مِنْ جائِزِ التَّصَرُّفِ ﴾ .

يستثنى من ذلك : المفلس المحجور عليه . فإنه يصح ضمانه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقد صرح به المصنف فى هذا الكتاب فى باب الحجر . حيث قال « وإن تصرف فى ذمته بشراء ، أو ضمان ، أو إقرار : صح » وقدمه فى الفروع .

وفى التبصرة رواية : لا يصح ضمان المفلس المحجور عليه . وهو ظاهر كلام

المصنف هنا . أو يكون مفهوم كلامه هنا مخصوصا بما صرح به هناك . وهو أولى .

قال فى الفروع : فيتوجه على هذه الرواية عدم صحة تصرفه فى ذمته .

تنبيهان

أحدهما : قال فى الرعايتين ، والحاويين : ومن صح تصرفه بنفسه صح ضمانه . ومن لا فلا .

وقيل : يصح ضمان من حجر عليه لسفه ، ويتبع به بعد فك الحجر كالمفلس .

وصرحوا بصحة ضمان المفلس . ويتبع به بعد فك الحجر . فيكون عموم كلامهم أولاً مخصوص بغير المحجور عليه للمفلس .

الثاني : دخل فى عموم كلام المصنف : صحة ضمان المريض . وهو صحيح . فيصح ضمانه . بلا نزاع .

لكن إن مات فى مرضه حُسب ماضمنه من ثلثه .

فائدة : فى صحة ضمان المكاتب لغيره وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية الصغرى ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يصح . قال فى المحرر وغيره : ولا يصح إلا من جائز تبرعه سوى المفلس المحجور عليه .

قال فى الرعاية الكبرى ، والحاويين ، وغيرهم : ومن صح تصرفه بنفسه ـ زاد فى الرعاية : وتبرعه بماله ـ صح ضمانه .

والوجه الثانى : يصح . قال ابن رزين : ويتبع به بعد العتق . كالقِنّ .

وقيل : يصح بإذن سيده . ولا يصح بغير إذنه . ولعله المذهب . وجزم به فى الكافى .

وقدم فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين : عدم الصحة . إذا كان بغير إذن سيده . وأطلقوا الوجهين إذا كان بإذنه .

قوله ﴿ فَإِنْ بَرِئَتْ ذِمَّةُ المَضْمُونِ عَنْهُ : بَرِئَ الضَّامِنُ . وَإِنْ بَرِئَ الضَّامِنُ ، أَوْ أَقَرَّ بِبَرَاءَتِهِ : لَمْ يَبْرَأْ المَضْمُونُ عَنْهُ ﴾ بلا نزاع .

ويأتى بعد قوله « وإن اعترف المضمون له بالقضاء . لو قال : برئت إلى أو أبرأتك » .

قوله ﴿ وَلَوْ ضَمِنَ ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ عَن ذِمِّيٍّ خَمْرًا ، فَأَسْلَمَ المَضْمُونُ لَهُ أَوِ المَضْمُونُ عَنْهُ : بَرِئَ هُوَ وَالضَّامِنُ مَعًا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . نص عليه .

وعنه إن لم يسلم المضمون له فله قيمتها .

وقيل : أو يوكلا ذمياً يشتريها .

ولو أسلم ضامنها برئ وحده .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إِلا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ . وَلاَ يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ ، وَلاَ صَبِيٍّ ، وَلاَ سَفِيهٍ ﴾ .

أما المجنون : فلا يصح ضمانه قولا واحدا .

وكذا الصبى غير المميز ، وكذا المميز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقدمه فى الكافى ، والفروع ، وغيرهما . وصححه فى الفائق ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وعنه يصح ضمانه .

قال المصنف ، والشارح : خرج أصحابنا صحة ضمانه على الروايتين فى صحة إقراره . ويأتى حكم إقراره فى بابه .

وقال ابن رزين ، وقيل : يصح ، بناء على تصرفاته . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وقال فى الكافى : وخرج بعض أصحابنا صحة ضمان الصبى بإذن وليه ، على الروايتين فى صحة بيعه .

وقال فى الرعاية : الكبرى ، وقيل يصح بإذن وليه .

فعلى المذهب : لو ضمن ، وقال : كان قبل بلوغى ، وقال خصمه : بل بعده . فقال القاضى : قياس قول الإمام أحمد رضى الله عنه : أن القول قول المضمون له . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : القول قول الضامن .

قلت : وهى شبيهة بما إذا باع ، ثم ادعى الصغر بعد بلوغه ، على ماتقدم فى الخيار ، عند قوله « وإن اختلفا فى أجل أو شرط . فالقول قول من ينفيه » .

والمذهب هناك : لا يقبل قوله . فكذا هنا . وأطلقهما فى الرعايتين ، والفائق ، والحاويين .

وأما السفيه المحجور عليه : فالصحيح من المذهب : أنه لايصح ضمانه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال الشارح : هذا أولى .

وقيل : يصح . وهو احتمال للقاضى ، وأبى الخطاب . قاله فى المستوعب . وهو وجه فى المذهب .

قال فى الكافى : وقال القاضى : يصح ضمان السفيه ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه .

قال : وهو بعيد . وأطلقهما فى المذهب .

قوله ﴿ وَلا مِنْ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ ﴾ .

هذا المذهب ، بلا ريب . نص عليه . وعليه الأصحاب . ويحتمل أن يصح

ويتبع به بعد العتق . وهو لأبى الخطاب . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله فيطالبه به بعد عتقه .

قال فى التلخيص : والمنصوص يصح ، بعد أن أطلق وجهين .

قال فى القواعد الأصولية : الصحة أظهر .

قوله ﴿ وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وحكى ابن رزين فى نهايته وجها بعدم الصحة .

قوله ﴿ وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ على روايتين ﴾ .

وقيل : وجهان . وأطلقهما فى الكافى ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمذهب الأحمد .

إحداهما : يتعلق بذمة سيده . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الفروع . ذكره فى آخر الحجر .

قال ابن عقيل : ظاهر المذهب وقياسه : أن يتعلق بذمة سيده .

والرواية الثانية : يتعلق برقبته .

قال القاضى : قياس المذهب : أن المال يتعلق برقبته . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

قال ابن منجا فى شرحه : منشؤهما أن ديون المأذون له فى التجارة : هل تتعلق برقبته ، أو بذمة سيده ؟ .

وقال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : الصحيح هناك التعلق بذمة سيده .

وقال ابن رزين فى شرحه : ويتعلق برقبته . وقيل : بذمة سيده .

وقيل : فيه روايتان كاستدانته . ويأتى ذلك فى آخر الحجر .

واختار فى الرعاية : أن يكون فى كسبه . فإن عدم ففى رقبته .

فائدة : يصح ضمان الأخرس . إذا فهمت إشارته ، وإلا فلا .

قوله ﴿ وَلاَ يُعْتَبَرُ مَعْرِفَةُ الضَّامِنِ لَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم . وصححه الناظم وغيره .

وقال القاضى : يعتبر معرفتهما . واختاره ابن البنا .

وذكر القاضى وجها آخر : يعتبر معرفة المضمون له ، دون معرفة المضمون عنه .

قوله ﴿ ولاَ كَوْنُ الْحَقِّ مَعْلُومًا ﴾ .

يعنى : إذا كان مآله إلى العلم ﴿ ولا واجباً ﴾ إذا كان مآله إلى الوجوب .

﴿ فَلَوْ قَالَ : ضَمِنْتُ لَكَ مَا عَلَى فُلاَنٍ ، أو ما تُدَايِنُه بِهِ : صح ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى المغنى : احتمال أنه لايصح ضمان ما سيجب .

فعلى : المذهب يجوز له إبطال الضمان قبل وجو به . على الصحيح من المذهب قال فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاويين ، والفروع : له إبطاله قبل وجوبه فى الأصح . وجزم به فى المنور ، وغيره .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره .

وقيل : ليس له إبطاله .

فائدتان

إحداهما : لايصح ضمان بعض الدَّين مبهما . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وقال أبو الخطاب : يصح ، ويفسره .

وقال فى عيون المسائل : لاتعرف الرواية عن إمامنا . فيمنع . وقد سلمه بعض الأصحاب لجهالته حالا ومآلا .

ولو ضمن أحد هذين الدينين لم يصح قولا واحدا .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله صحة ضمان الحارس ونحوه وتجار الحرب ، مايذهب من البلد أو البحر ، وأن غايته ضمان مالم يجب . وضمان المجهول ، كضمان السوق . وهو أن يضمن مايجب على التجار للناس من الديون . وهو جائز عند أكثر العلماء ، كمالك وأبى حنيفة . والإمام أحمد رحمهم الله .

الثانية : لو قال : ماأعطيتَ فلاناً فهو علىَّ . فهل يكون ضامناً لما يعطيه فى المستقبل ، أو لما أعطاه فى الماضى ، مالم تصرفه قرينة عن أحدهما ؟ فيه وجهان ذكرها فى الإرشاد . وأطلقهما فى المستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والحاوى الكبير ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : يكون للماضى .

قال الزركشى : يحتمل أن يكون ذلك مراد الخرقى . ويرجحه إعمال الحقيقة ، وجزم به فى المنور . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه فى النظم .

والوجه الثانى : يكون للمستقبل . وصححه شارح المحرر . وحمل المصنف كلام الخرقى عليه . فيكون اختيارَ الخرقى .

قال فى الفروع : وما أعطيت فلانا علىَّ ونحوه ، ولا قرينة : قبل منه . وقيل : للواجب . انتهى .

وقد ذكر النحاة الوجهين . وقد ورد للماضى فى قوله تعالى (٣ : ١٧٣ الذين قال لهم الناس) وورد للمستقبل فى قوله تعالى (٢ : ١٦٠ إلا الذين تابوا) قاله الزركشى .

قلت : قد يتوجه أنه للماضى والمستقبل . فيقبل تفسيره بأحدهما . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وَيَصِحُ ضَمَانُ دَيْنِ الضَامِنِ ﴾ أى الدين الذى ضمنه الضامن . فيثبت الحق فى ذمم الثلاثة .

وكذا يصح ضمان الدين الذى كفله الكفيل . فيبرأ الثانى بإبراء الأول ، ولا عكس .

وإن قضى الدين الضامن الأول ، رجع على المضمون عنه .

وإن قضاه الثانى رجع على الضامن الأول . ثم يرجع الأول على المضمون عنه ، إذا كان كل واحد منهما قد أذن لصاحبه . وإن لم يكن إذن ففى الرجوع روايتان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قلت : المذهب الرجوع . على ما يأتى فيما إذا قضى الضامن الدين .

وقال فى الرعاية ، فى هذه المسألة : ولم يرجع الأول على أحد ، على الأظهر .

ويأتى بعض مسائل تتعلق بالضامن إذا تعدد وغيره فى الكفالة . فليعلم .

قوله ﴿ وَيَصِحُ ضَمانُ دَيْنِ الميِّتِ المُفْلِسِ وَغيْرِهِ ﴾ .

أى غير المفلس .

يصح ضمان دين الميت المفلس بلا نزاع .

ويصح ضمان دين الميت غير المفلس . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه لا يصح .

قوله ﴿ وَلاَ تبْرَأُ ذِمَّتُهُ قَبْلَ القَضَاءِ فِى أَصَحِّ الرِّوايَتَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، وغيره .

والرواية الثانية : يبرأ بمجرد الضمان . نص عليها . وتقدمت .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ ضَمَانُ عُهْدَةِ الْمَبِيعِ عَنِ البَائِعِ لِلْمُشْتَرِى ، وَعَنِ الْمُشْتَرِى لِلْبَائِعِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

وحكى الناظم وغيره : فيه خلافاً .

فضمانه عن المشترى للبائع : أن يضمن الثمن الواجب قبل تسليمه . أو إن ظهر به عيب ، أو استحق .

وضمانه عن البائع للمشترى : أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً ، أو رد بعيب أو أرش العيب .

فضمان العهدة فى الموضعين : هو ضمان الثمن أو بعضه عن أحدهما للآخر .

وأصل العهدة : هو الكتاب الذى تكتب فيه الوثيقة للبيع . ويذكر فيه الثمن . ثم عبر به عن الثمن الذى يضمنه .

وألفاظ ضمان العهدة « ضمنت عهدته ، أو ثمنه ، أو دركه » أو يقول للمشترى « ضمنت خلاصك منه . أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمنت لك الثمن » وهذا المذهب فى ذلك كله .

وقال أبو بكر فى التنبيه ، والشافى : لا يصح ضمان الدرك .

قال بعض الأصحاب : أراد أبو بكر : ضمان العهدة . ورد .

فقال القاضى : لا يختلف المذهب : أن ضمان الدرك لثمن المبيع يصح . وإنما الذى لا يصح : ضمان الدرك لعين المبيع . وقد بينه أبو بكر . فقال : إنما ضمنه يريد الثمن ، لا الخلاص . لأنه إذا باع مالا يملك فهو باطل . أومأ إلى هذا الإمام أحمد رحمه الله .

فوائد

الأولى : لو بنى المشترى ونقضه المستحق . فالأنقاض للمشترى . ويرجع

بقيمة التالف على البائع . وهل يدخل فى ضمان العهدة فى حق ضامنها ؟ على وجهين . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يدخل فى ضمان العهدة . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والثانى : لايدخل . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح . فإنهما ماضَمَّناه إلا إذا ضمن ما يحدث فى المبيع من بناء ، أو غراس .

الثانية : لو خاف المشترى فساد البيع بغير استحقاق المبيع ، أو كون العوض معيباً ، أو شك فى كمال الصَّنْجة ، وجودة جنس الثمن ، فضمن ذلك صريحاً : صح كضمان العهدة . وإن لم يصرح ، فهل يدخل فى مطلق ضمان العهدة ؟ على وجهين وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية .

الثالثة : يصح ضمان نقص الصنجة ، ونحوها . ويرجع بقوله — مع يمينه — على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايرجع إلا ببينة فى حق الضامن .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ ضَمَانُ دَيْنِ الْكِتَابَةِ فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب مطلقاً . جزم به فى الوجيز ، والنظم ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع والكافى . وقال : هذا المذهب .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : هذا أصح . وصححه ابن منجا فى شرحه

والرواية الثانية : يصح ضمانه . سواء كان الضامن حراً أو غيره . وحكاها فى الخلاصة وجهاً . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وقال القاضى : يصح ضمانه إذا كان حراً ، لسعة تصرفه . قدمه ابن رزين فى شرحه . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وتقدم : هل يصح أن يكون المكاتب ضامناً ، أو لا ؟

ويأتى فى باب الكتابة ، إذا ضمن أحد المكاتبين الآخر ، هل يصح أم لا ؟

قوله ﴿ وَلاَ يصِحُّ ضَمانُ الأَمَانَاتِ ، كَالْوَدِيعَةِ وَنَحْوِهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يصح . وحمل على التعدى ، كتصريحه به . فإنه يصح . بلا نزاع .

وقد صرح به المصنف هنا وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ فأَمّا الأَعْيَانُ المَضْمُونَةُ ـ كَالْعَوَارِى ، وَالغصُوبِ ، والمقْبُوضِ عَلَى وَجْهِ السَّوْمِ ـ فَيَصِحُّ ضَمانُهَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وعنه لا يصح ضمانها .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ أن المقبوض على وجه السوم من ضمان القابض ، وأن ضمانه يصح .

والأصحاب ـ رحمهم الله ـ يذكرون مسألة ضمان المقبوض على وجه السوم . فى فصل « من باع مكيلا أو موزوناً » ويذكرونها أيضاً فى أحكام القبض . ويذكرون مسألة الضامن هنا ، ومسألة صحة ضمان الضامن للمقبوض على وجه السوم مترتبة على ضمانه بقبضه .

واعلم أنه قد ورد عن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى ضمان المقبوض على وجه السوم نصوص .

فنقل حرب ، وأبو طالب ، وغيرهما : ضمان المقبوض على وجه السوم .

ونقل ابن منصور وغيره : أنه من ضمان المالك ، كالرهن ومايقبضه الأجير .

ونقل حنبل : إذا ضاع من المشترى ولم يقطع ثمنه ، أو قطع ثمنه : لزمه .

ونقل حرب وغيره ـ فيمن قال : بعنى هذا . فقال : خذه بما شئت ، فأخذه . فمات بيده ـ قال : هو من مال بائعه . لأنه مِلْكه حتى يقطع ثمنه .

ونقل ابن مشيش ـ فيمن قال : بِعْنِيهِ . فقال : خذه بما شئت . فأخذه فمات بيده ـ يضمنه ربه . هذا بَعْدُ لم يملكه .

قال المجد : هذا يدل على أنه أمانة ، وأنه يخرج مثله فى بيع خيار . على قولنا « لا يملكه » .

وقال : تضمينه منافعه . كزيادة ، وأولى . انتهى .

فهذه نصوصه فى هذه المسألة .

قال فى الفروع : ذكر الأصحاب فى ضمانه روايتين .

قال ابن رجب فى قواعده : فمن الأصحاب من حكى فى ضمانه روايتين . سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل . وصحح الضمان . لأنه مقبوض على وجه البدل والعوض . فهو كمقبوض بعقد فاسد . انتهى .

قلت : ذكر الأصحاب فى المقبوض على وجه السوم ثلاث صور .

الأولى : أن يساوم إنسانا فى ثوب أو نحوه ، ويقطع ثمنه ، ثم يقبضه ليريه أهله . فإن رضوه وإلا رده . فيتلف .

ففى هذه الصورة : يضمن إن صح بيع المعاطاة . والمذهب : صحة بيع المعاطاة . وجزم بذلك فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم

قال ابن أبى موسى : يضمنه بغير خلاف .

قال ابن رجب فى قواعده : وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف إذا قلنا : إنه لم ينعقد البيع بذلك . وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله إيماء إلى ذلك . انتهى .

الثانية : لو ساومه ، وأخذه ليريه أهله ، إن رضوه . وإلا رده من غير قطع ثمنه ، فيتلف . ففى ضمانه روايتان . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والمستوعب .

إحداهما : يضمنه القابض . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وجزم به فى الوجيز فى هذا الباب .

قال ابن أبى موسى : فهو مضمون بغير خلاف . نقل عن الإمام أحمد : هو من ضمان قابضه ، كالعارية .

والرواية الثانية : لايضمنه . قال فى الحاويين : نقل ابن منصور وغيره : هو من ضمان المالك . كالرهن ، وما يقبضه الأجير .

الثالثة : لو أخذه بإذن ربه ليريه أهله . إن رضوه اشتراه وإلا رده ، فتلف بلا تفريط : لم يضمن .

قال ابن أبى موسى : هـذا أظهر عنه . وقدمه فى الرعايتين ، والمستوعب ، والحاويين .

قال فى الفائق : فلا ضمان فى أظهر الروايتين . وعنه يضمنه بقيمته .

فائدة : المقبوض فى الإجارة على وجه السوم : حكمه حكم المقبوض على وجه السوم فى البيع . ذكره فى الانتصار . واقتصر عليه فى الفروع . وقال : وولد المقبوض على وجه السوم : كهو ، لا ولد جانية . وضامنةٍ ، وشاهدةٍ ، وموصى بها ، وحق جائز ، وضمانه .

وفيه فى الانتصار : إن أذن لأمته فيه سرى .

وفى طريقة بعض الأصحاب : ولد موصى بعتقها ، لعدم تعلق الحكم بهما . وإنما المخاطب الموصى إليه . انتهى .

وفى ذلك بعض مسائل ما أعلم صورتها .

منها : قوله « وحق جائز » .

قال فى القاعدة الثانية والثمانين : منها : الشاهدة ، والضامنة ، والكفيلة ، لايتعلق بأولادهن شىء . ذكره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . واختار القاضى فى خلافه : أن ولد الضامنة يتبعها ، ويباع معها ، كولد المرهونة . وضعفه ابن عقيل فى نظرياته .

وقال فى القاعدة[1] المذكورة : الأمة الجانية لايتعلق بأولادها وأكسابها شىء

(١) فى نسخة المصنف فوق « القاعدة » بين السطور بخطه : « الفصول »

وقال فى القاعدة المذكورة : إذا ولدت المقبوضة على وجه السوم فى يد القابض فقال القاضى ، وابن عقيل : حكمه حكم أصله .

قال ابن رجب : ويمكن أن يخرج فيه وجه آخر : أنه ليس بمضمون كولد العارية .

ويأتى فى آخر باب العارية : حكم ولد المعارة ، والمؤجرة ، وولد الوديعة .

ويأتى حكم ولد المدبرة والمكاتبة فى بابيهما .

فائدتان

إحداهما : إذا طولب الضامن بالدين ، فلا يخلو : إما أن يكون ضمن بإذن المضمون عنه أو لا . فإن كان ضمنه بإذنه : فله مطالبته بتخليصه . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : له ذلك فى الأصح . وجزم به فى المحرر ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين

وقيل: ليس للضامن مطالبته بتخليصه حتى يؤدى .

وإن لم يطالب الضامن : لم يكن له مطالبته بتخليصه . من المضمون له ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر .

وقيل : له ذلك . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والتلخيص .

وإن كان ضمنه بغير إذنه : لم يكن له مطالبته بتخليصه قبل الأداء . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين وغيرهم .

وقيل : له ذلك إذا طالبه .

الثانية : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لو تغيب مضمون عنه ـ أطلقه فى موضع وقيده فى آخر : بقادر على الوفاء ـ فأمسك الضامن ، وغرم شيئاً بسبب ذلك وأنفقه فى حبس : رجع به على المضمون عنه . واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : وهو الصواب الذى لايعدل عنه .

ويأتى التنبيه على ذلك فى أوائل باب الحجر أيضا .

قوله ﴿ وَإِنْ قَضَى الضَّامِنُ الدَّيْنَ مُتَبَرِّعًا : لم يَرْجِعْ بِشَىْءٍ ، وَإِنْ نَوَى الرُّجُوعَ وَكَانَ الضَّمَانُ وَالقَضَاءُ بِغَيْرِ إِذْنِ المَضْمُونِ عَنْهُ . فَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ ؟ على روايتين . وَإِنْ أَذِنَ فِى أَحَدِهِما ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِأَقَلِّ الأَمْرَيْنِ : مِمَّا قَضَى ، أَوْ قَدْرِ الدَّيْنِ ﴾ .

إن قضى الضامن الدين ، فلا يخلو : إما أن يقضيه متبرعاً أو لا . فإن قضاه متبرعاً : لم يرجع بلا نزاع .

قال فى الرعاية : هذه هبة ، تحتاج قبولا وقبضاً ورضًى . والحوالة بما وجب قضاء .

وإن قضاه غير متبرع ، فلا يخلو : إما أن ينويَ الرجوع ، أو يذهل عن ذلك . فإن نوى الرجوع : ففيه أربع مسائل ، شملها كلام المصنف .

إحداها : أن يضمن بإذنه ، ويقضى بإذنه ، فيرجع بلا نزاع .

الثانية : أن يضمن بإذنه ، ويقضى بغير إذنه . فيرجع أيضاً بلا نزاع .

الثالثة : أن يضمن بغير إذنه ، ويقضى بإذنه . فيرجع ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار فى الرعاية الكبرى : أنه لايرجع .

الرابعة : أن يضمن بغير إذنه ، ويقضى بغير إذنه . فهذه فيها الروايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاويين .

إحداهما : يرجع . وهو المذهب ، بلا ريب . ونص عليه .

قال ابن رجب فى القاعدة الخامسة والتسعين : يرجع على أصح الروايتين . وهى المذهب عند الخرقى ، وأبى بكر ، والقاضى ، والأكثرين . انتهى .

قال الزركشى : وهى اختيار الخرقى ، والقاضى ، وأبى الخطاب ، والشريف ، وابن عقيل ، والشيرازى ، وابن البنا ، وغيرهم .

قال فى الفائق : اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وجزم به فى الوجيز وغيره . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والفروع . وقال : نص عليه ، واختاره الأصحاب . انتهى .

قال فى القواعد : واشترط القاضى أن ينوى الرجوع . ويشهد على نيته عند الأداء . فلو نوى التبرع ، أو أطلق النيه ، فلا رجوع له .

واشترط أيضاً أن يكون المديون ممتنعاً من الأداء .

وهو يرجع إلى أن لا رجوع إلا عند تعذر إذنه .

وخالف فى ذلك صاحب المغنى ، والمحرر . وهو ظاهر إطلاق القاضى فى المجرد ، والأكثرين . انتهى .

والرواية الثانية : لا يرجع . اختاره أبو محمد الجوزى . وقدمه فى الفائق .

وقال ابن عقيل : يظهر فيها ـ كذبح أضحية غيره بلا إذنه ـ فى منع الضمان والرجوع . لأن القضاء هنا إبراء ، كتحصيل الأجر بالذبح . انتهى .

وإن قضاه ، ولم ينو الرجوع ولا التبرع ، بل ذهل عن قصد الرجوع وعدمه ، فالمذهب : أنه لا يرجع . اختاره القاضى كما تقدم . وقدمه فى الفروع . وهو ظاهر ما جزم به فى القواعد . فإنه جعل النية فى قضاء الدين أصلا لأحد الوجهين فيما إذا اشترى أسيراً حراً مسلماً .

وقيل : يرجع . وهو ظاهر نقل ابن منصور وهو ظاهر الخرقى . وجزم به فى الوجيز .

فائدة : وكذا الحكم فى كل من أدى عن غيره دينا واجبا بإذنه و بغير إذنه على ما تقدم من التفصيل فى ذلك والخلاف .

قوله ﴿وَإِنْ أَنكَرَ المضْمُونُ لهُ القَضَاءَ وَحَلَفَ : لَمْ يَرْجِعِ الضَّامِنُ عَلَى المضْمُونِ عَنْهُ ، سَوَاء صَدَّقَهُ ، أَوْ كَذَّبَهُ﴾ .

إذا ادعى الضامن القضاء ، وأنكر المضمون له ، فلا يخلو : إما أن يصدقه المضمون عنه ، أو يكذبه . فإن كذبه : لم يرجع عليه إلا ببينه تشهد له بالقضاء . فإن لم يكن له بينة . فللمضمون الرجوع على الأصيل والضامن .

فإن أخذ منه الضامن ثانيا ، فهل يرجع الضامن بالأول للبراءة به باطنا ، أو بالثانى ؟ فيه احتمالان مطلقان فى الفروع .

أحدهما : يرجع بما قضاه ثانيا . قدمه فى المغنى ، والشرح . وقالا : هو أرجح وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والثانى : يرجع بما قضاه أولا ، وهما طريقة موجزة فى الرعاية . والثانى — قدمه فيها — أنه يرجع عليه مرة واحدة بقدر الدين . ولا منافاة بين الطريقتين .

و إن صدقه ، فلا يخلو : إما أن يكون قضاه بإشهاد أو غيره . فإن قضاه بإشهاد صحيح ، رجع عليه . ولو كانت البينة غائبة أو ميتة .

وتقدم نظيره فى الرهن . و يأتى فى الوكالة .

لكن لو ردت الشهادة بأمر خفى — كالفسق باطناً — أو كانت الشهادة مختلفاً فيها — كشهادة العبيد ، أو شاهد واحد ، أو كان ميتاً أو غائباً — فهل يرجع ؟ فيه احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قطع فى الرعايتين ، والحاويين : أنه لا يكفى شاهد واحد .

وقال فى الكبرى ، قلت : بلى ، و يحلف معه .

فلو ادعى الإشهاد وأنكره المضمون عنه . فهل يقبل قوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وإن قضاه بغير إشهاد ، فلا يخلو : إما أن يكون القضاء بحضرة المضمون عنه ، أو فى غيبته . فإن كان بحضرته : رجع ، على الصحيح من المذهب . صححه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين . وجزم به فى التلخيص ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، وشرح ابن رزين ، وغيرهما .

وقيل : ليس له الرجوع . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والحاويين .

وإن كان القضاء فى غيبة المضمون عنه ، لم يرجع عليه ، قولاً واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالقَضَاءِ ﴾ أى المضمون له ﴿ فأَنْكَرَ المضْمُونُ عَنْه : لَمْ يُسْمعْ إنْكارُه ويرجع عليه ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى التلخيص : رجع ، على الصحيح من المذهب .

قال الشارح : هذا الأصح .

قال فى الفروع : رجع فى الأصح .

وفيه وجه آخر : لايرجع . وهو احتمال أبى الخطاب فى الهداية . وأطلقهما فى المحرر .

فائدتان

الأولى : لو قال المضمون له « برئتَ إلىَّ من الدين » فهو مقر بقبضه . ولو قال « برئت » ولم يقل « إلى » لم يكن مقرا بالقبض ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح . وصححه .

وقيل : يكون مقراً به . واختاره القاضى . قاله فى المستوعب .

قال فى المنور : وإن قال رب الحق للضامن « برئت إلى من الدين » فهو مقر بقبضه . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

ولو قال « أبرأتك » لم يكن مقراً بالقبض ، قولا واحداً .

الثانية : لو قال « وهبتك الحق » فهو تمليك . فيرجع على المضمون عنه ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : بل هو إبراء . فلا رجوع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ ، أَوِ الضَّامِنُ ، فَهَلْ يَحِلَّ الدَّيْنُ ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لايحل . وهو المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، والحاويين . وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين .

والثانية : يحل . وقال ابن أبى موسى : إذا مات المضمون عنه قبل محل الدين مفلساً به : لم يكن للمضمون له مطالبة الضامن قبل محله .

وإن خلف وفاء بالحق فهل يحل ؟ على روايتين .

إحداهما : يحل ، والأخرى : لايحل إذا وثق الورثة .

تنبيه : ذكر المصنف هنا الروايتين فيما إذا مات أحدهما . وهى طريقة المصنف والشارح ، وابن منجا .

وقيل : محل الروايتين فيما إذا ماتا معاً . وهى طريقة صاحب الهداية والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى . وقدمه فى المستوعب .

فجزموا بعدم الحلول إذا مات أحدهما . وأطلقوا الروايتين فيما إذا ماتا معاً .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن ماتا معاً ــ وقيل : أو المديون وحده : حل . فجزم بالحلول إذا ماتا معا .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ ضَمَانُ الْحَالِّ مُؤَجَّلاً ﴾ .

بلا نزاع . نص عليه . فلصاحب الحق مطالبة المضمون عنه فى الحال ، دون الضامن .

قوله ﴿ وَإنْ ضَمِنَ المؤَجَّلُ حَالاً : لَمْ يَلْزَمْهُ قَبْلَ أَجَلِهِ ، فِي أَصَحِّ الوَجهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الآخر : يلزمه قبل أجله .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله ـ صحة ضمان المؤجل حالا . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يصح . وأطلقهما فى التلخيص .

تنبيهات

أحدها : ظاهر قوله ﴿ فِي الكَفَالَةِ : وَهِيَ التِزَامُ إِحْضَارِ المَكْفُولِ بِهِ ﴾

أنه سواء كان المكفول به حاضراً أو غائباً ، بإذنه . بلا نزاع ، و بغير إذنه . على خلاف يأتى فى كلام المصنف قريباً .

وقيل : لاتصح كفالة المديون إلا بإذنه .

الثانى : قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ ﴾ .

يعنى : ببدن كل من يلزمه الحضور إلى مجلس الحكم بدين لازم مطلقاً يصح ضمانه .

الثالث : قوله ﴿ وَبالْأَعْيَانِ المضْمُونَةِ ﴾ .

يعنى يصح أن يكفلها ، بحيث إنه إذا تعذر إحضارها يضمنها ، إلا أن تتلف بفعل الله تعالى . على مايأتى .

وقال الزركشى : فى صحة كفالة العين المضمونة وجهان . ولم أر الخلاف لغيره .

فائدة : تنعقد الكفالة بألفاظ الضمان المتقدمة كلها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لاتنعقد بلفظ « حَميل . وقبيل » اختاره ابن عقيل .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ بِبَدَنِ مَنْ عَلَيْهِ حَدٌّ أَوْ قِصَاصٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تصح . واختاره فى الفائق .

تنبيه : قوله « ولا تصح ببدن من عليه حد أو قصاص » شمل سواء كان حقاً لله[1] ، كحد الزنا والسرقة ، ونحوهما . أو لآدمى ، كحد القذف والقصاص .

وكون من عليه حد أو قصاص لاتصح كفالته : من مفردات المذهب .

فائدتان

إحداهما : تصح الكفالة لأخذ مال ، كالدية وغرم السرقة .

الثانية : لاتصح الكفالة بزوج وشاهد .

قوله ﴿ وَلاَ بِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ، كَأَحَدِ هذَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقيل : تصح . لأنه تبرع . فهو كالإعارة والإباحة . ذكره فى القاعدة الخامسة بعد المائة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَفَلَ بِجُزْءٍ شَائِعٍ مِنَ إِنْسَانٍ ـ كَثُلُثِهِ أَوْ رُبْعِهِ ـ صَحَّ فِى أحد الوجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ،

---

(١) من هنا خرم من نسخة المصنف ، لعله ورقة .

والمنور ، و إدراك الغاية . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والـكافى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . وصححه فى التصحيح .

والوجه الثانى : لاتصح . قال القاضى فى المجرد : لاتصح الـكفالة ببعض البدن

قوله ﴿ أَوْ عُضْوٍ ﴾ صح فى أحد الوجهين .

إذا تـكفل بعضو من إنسان ، فلا يخلو : إما أن يكون بوجهه أو بغيره . فإن كان بوجهه : صح ، على الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى والشرح ، والـكافى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، و إدراك الغاية ، والمنور ، وغيرهم .

قال ابن منجا فى شرحه : وهو الظاهر . و ينبغى حمل كلام المصنف عليه .

وقيل : لايصح . قال القاضى : لايصح ببعض البدن . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

قلت : لم أر من صرح بهذا القول . وظاهر كلام المصنف : استحبوا الخلاف فيه .

و إن كانت الـكفالة بعضو ــ غير وجهه ــ فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى المحرر ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : تصح . وهو المذهب . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . واختاره أبو الخطاب .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم . وصححه فى التصحيح .

والوجه الثانى : لاتصح . اختاره القاضى ، كما تقدم عنه .

وقيل : إن كانت الحياة تبقى معه ــ كاليد والرجل ونحوهما ــ لم تصح . و إن

كانت لاتبقى معه ـ كرأسه وكبده ونحوهما ـ صح . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وهو الصواب .

قال فى الكافى : قال غير القاضى : إن كفل بعضو لاتبقى الحياة بدونه ـ كالرأس والقلب والظهر ـ صح . وإن كان بغيرها ـ كاليد والرجل ـ فوجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ كَفَلَ بِإِنْسَانٍ ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ جَاءَ بِهِ ، وَإِلاَّ فَهُوَ كَفِيلٌ بِآخَرَ ، أَوْ ضَامِنٌ مَا عَلَيْهِ : صَحَّ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والفروع ، والفائق .

وظاهر المغنى ، والشرح : الإطلاق .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين . ونقل مهنا الصحة فى كفيل به .

والوجه الثانى : لاتصح . اختاره القاضى فى الجامع .

فوائد

منها : لو قال : كفلت ببدن فلان على أن تبرىء فلانا الكفيل ، فسد الشرط ، على الصحيح من المذهب . وقيل : لايفسد .

فعلى المذهب : يفسد العقد أيضاً . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويتوجه وجه لايفسد .

وكذا الحكم لو قال : ضمنت لك هذا الدين على أن تبرئنى من الدين الآخر . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

ومنها : لو قال : إن جئت به فى وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل ببدن فلان ، أو وإلا فأنا ضامن مالك على فلان ، أو قال : إن جاء زيد فأنا ضامن لك ماعليه .

أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان شهراً . فقال القاضى : لاتصح الكفالة .

قاله المصنف ، والشارح . وهو أقيس .

وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى الانتصار : تصح .

واعلم أن أكثر هذه المسائل وما ذكره المصنف ينزع إلى تعليق الضمان والكفالة بشرط وتوقيتها ، بل هى من جملتها .

قال فى الفروع : وفى صحة تعليق ضمان وكفالة بغير سبب الحق ، وتوقيتها : وجهان . فلو تكفل به على أنه إن لم يأت به فهو ضامن لغيره ، أو كفيل به ، أو كفله شهراً فوجهان . انتهى .

وقدم فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير : صحة تعليق الضمان والكفالة بالشرط المستقبل . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وغيرهما . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق ، وأبو الخطاب ، والشريف أبو جعفر وغيرهم .

وتقدم ذلك فى مسألة المصنف .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن علق الضمان على شرط مستقبل صح .

وقيل : لايصح إلا بسبب الحق ، كالعهدة ، والدرك ، ومالم يجب ولم يوجد بسببه ، ويصح توقيته بمدة معلومة .

قال : ويحتمل عدمه . وهو أقيس . لأنه وعد . انتهى .

فائدة : قال المصنف ، والشارح : إن كفل إلى أجل مجهول : لم تصح الكفالة لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه . وهكذا الضمان . وإن جعله إلى الحصاد والجداد والعطاء .

وخرج على الوجهين فى الأجل فى البيع . والأولى صحته هنا . انتهيا .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ إلاَّ بِرِضَى الْكَفِيلِ ﴾ .

بلا نزاع . وفى رضى المكفول به ــ وهو المكفول عنه ــ وجهان . وأطلقهما

فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : يعتبر رضاه . جزم به فى الوجيز .

قال فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين : يعتبر رضاه فى أصح الوجهين . وصححه فى التصحيح . قال ابن منجا : هذا أولى .

والوجه الثانى : لايعتبر رضاه . قدمه فى الفروع . وهو المذهب على مااصطلحناه

قوله ﴿ وَمَتَى أَحْضَرَ المـكْفُولَ بِهِ وَسَلَّمَهُ : بَرِئ ، إلاَّ أَنْ يُحْضِرَهُ قَبلَ الأَجَلِ ، وَفِى قَبْضِهِ ضَرَرٌ ﴾ .

إذا أحضر المكفول به وسلمه بعد حلول الأجل : برىء ، على الصحيح من المذهب مطلقا . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى المستوعب : وجزم به فى المغنى ، والشرح ، بشرط أن يكون هناك يد حائلة ظالمة .

قلت : الظاهر أنه مراد غيرهم . وعنه لايبرأ منه .

قال ابن أبى موسى : لايبرأ حتى يقول : قد برئت إليك منه ، أو قد سلمته إليك ، أو قد أخرجت نفسى من كفالته . انتهى .

وقال بعض الأصحاب ـ منهم المصنف والشارح ـ إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين و برىء .

وقال القاضى : يرفعه إلى الحاكم ، فيسلمه إليه . فإن لم يجد حاكما أشهد شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله .

تنبيه : حكم ما إذا أحضره قبل حلول الأجل ، ولا ضرر فى قبضه : حكم ما إذا أحضره بعد حلول الأجل ، خلافا ومذهبا ، على ماتقدم .

فائدة : يتعين إحضاره فى مكان العقد . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : يتعين فيه إن حصل ضرر فى غيره ، وإلا فلا .

وقيل : يبرأ ببقية البلد . اختاره القاضى . قاله فى المغنى ، والشرح .

وعند غيره إذا كان فيه سلطان . اختاره القاضى ، وأصحابه . وقدمه فى التلخيص .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إن كان المكفول فى حبس الشرع ، فسلمه إليه فيه برىء . ولا يلزمه إحضاره منه إليه عند أحد من الأئمة . ويمكنه الحاكم من الإخراج ليحاكم غريمه ، ثم يرده . هذا مذهب الأئمة ، كمالك وأحمد وغيرهما رحمهم الله تعالى .

وفى طريقة بعض الأصحاب : وإن قيل دلالته عليه ، وإعلامه بمكانه لايعد تسليما .

قلنا : بل يعد . ولهذا إذا دل على الصيد محرماً كفَّر .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ المَكْفُولُ بِهِ ، أَوْ تَلِفَتِ العَيْنُ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى ، أَوْ سَلَّمَ نَفْسَهُ : بَرِئَ الكَفِيلُ ﴾ .

إذا مات المكفول به برىء الكفيل ، على الصحيح من المذهب ، سواء توانى الكفيل فى تسليمه ، حتى مات أولا . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايبرأ مطلقاً . فيلزمه الدين . وهو احتمال فى الهداية ، والمغنى ، والشرح . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق .

وقيل : إن توانى فى تسليمه حتى مات : لم يبرأ ، وإلا برىء .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يشترط . فإن اشترط الكفيل : أنه لاشىء عليه

إن مات برىء بموته ، قولا واحدا . قاله فى التلخيص ، والمحرر ، وغيرهما .

وأما إذا تلفت العين بفعل الله تعالى : فالصحيح من المذهب : أن الكفيل يبرأ . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لايبرأ . وأطلقهما فى الفروع .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا لم يشترط أن لامال عليه بتلف العين المكفول بها . فإن اشترط برىء ، قولا واحدا ، كما تقدم فى الموت .

الثانى : مراده بقوله « أَوْ تَلِفَتْ الْعَيْنُ بِفِعْلِ اللهِ تَعَالَى » قبل المطالبة . صرح به فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

وأما إذا سلّم المكفول به نفسه فى محله : فإن الكفيل يبرأ قولا واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ تعذَّرَ إِحْضَارُهُ ، مَعَ بَقَائِهِ : لَزِمَ الكَفِيلَ الدَّيْنُ ، أَوْ عِوَضُ العَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وفى المبهج وجه : أنه يشترط البراءة منه .

وقال ابن عقيل : قياس المذهب لايلزمه ، إن امتنع بسلطان . وألحق به معسراً أو محبوساً ونحوهما ، لاستواء المعنى .

وكون الكفيل يضمن ما على المكفول به إذا لم يسلمه : من المفردات .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : السجان كالكفيل . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ غَابَ أُمْهِلَ الكَفِيلُ بِقَدْرِ مَا يَمْضِى فَيُحْضِرُهُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُهُ : ضَمِنَ ﴾ .

إذا مضى الكفيل ليحضر المكفول به ، وتعذر إحضاره : فحكمه حكم ما إذا تعذر إحضاره مع بقائه. على ما تقدم خلافاً ومذهباً .

قوله ﴿ وَإِذَا طَالَبَ الكَفِيلُ المكْفُولَ بِهِ بِالْحُضُورِ مَعَهُ : لَزِمَهُ ذَلِكَ ، إِذَا كَانَتْ الكَفَالَةُ بِإِذْنِهِ ، أَوْ طَالَبَهُ صَاحِبُ الحَقِّ بِإِحْضَارِهِ ، وَإِلاَّ فَلاَ ﴾ .

وهذا المذهب فيهما . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايلزمه الحضور إلا إذا كانت الكفالة بإذنه ، وطالبه المكفول له بحضوره .

فائدة : حيث أدى الكفيل مالزمه ، ثم قدر على المكفول به ، فقال فى الفروع : ظاهر كلامهم : أنه فى رجوعه عليه كالضامن ، وأنه لايسلمه إلى المكفول له ، ثم يسترد ما أداه . بخلاف مغصوب تعذر إحضاره مع بقائه ، لامتناع بيعه .

قوله ﴿وَإِذَا كَفَلَ اثْنَانِ بِرَجُلٍ ، فَسَلَّمَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يَبْرَأْ الآخَرُ[1]﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى وأصحابه . ونص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد : أشهر الوجهين : لايبرأ .

وقيل : يبرأ الآخر . وهو احتمال فى الكافى . ونصره الأزجى فى نهايته . وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه . قاله ابن رجب فى قواعده ، وقال : والأظهر أنهما إن كفلا كفالة اشتراك ـ مثل أن يقولا « كفلنا لك زيداً نسلمه إليك » ـ فإذا سلمه أحدهما برىء الآخر . لأن التسليم الملتزم واحد . فهو كأداء أحد الضامنين للمال .

---

(١) انتهى الخرم فى نسخة المصنف .

وإن كفلا كفالة انفراد واشتراك ، بأن قالا « كل واحد منا كفيل لك بزيد » فكل واحد منهما ملتزم له إحضاره ، فلايبرأ بدونه ، مادام الحق باقياً على المكفول به . فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين . وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجلين الدين . انتهى .

فائدة : لو سلم المكفول به نفسه : برىء الاثنان . وفرق بينه و بين ما إذا سلمه أحدهما .

قوله ﴿ وَإِنْ كَفَلَ وَاحِدٌ لِاثْنَيْنِ ، فَأَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يَبْرَأْ الآخَرَ ﴾ .

بلا نزاع .

فوائد

إحداها : يصح أن يكفل الكفيل كفيلا آخر . فإن برىء الأول برىء الثانى ، ولا عكس . وإن كفل الثانى ثالث : برىء ببراءة الثانى والأول ، ولا عكس . فلو كفل اثنان واحداً ، وكفل كل واحد منهما كفيل آخر ، فأحضره أحدهما برىء هو ومن تكفل به ، وبقى الآخر ومن كفل به .

الثانية : لو ضمن اثنان دين رجل لغريمه ، فلا يخلو : إما أن يقول كل واحد منهما « أنا ضامن لك الألف » أو يطلق . فإن قالا « كل واحد منا ضامن لك الألف » فهو ضمان اشتراك فى انفراد . فله مطالبة كل واحد منهما بالألف إن شاء . وله مطالبتهما . وإن قضاه أحدهما لم يرجع إلا على المضمون عنه .

وإن أطلقا الضمان ، بأن قالا « ضمنا لك الألف » فهو بينهما بالحصص . فكل واحد منهما ضامن لحصته . وهذا الصحيح من المذهب . وهو قول القاضى فى المجرد ، والخلاف ، والمصنف ، وقطع به الشارح .

وقيل : كل واحد ضامن للجميع ، كالأول . نص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية مهنا . وكذا قال أبو بكر فى التنبيه .

وذكر ابن عقيل فيها احتمالين . وأطلق الوجهين فى القواعد .

وبناه القاضى على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين ، فيصير الضمان موزعاً عليهما .

وعلى هذا : لو كان المضمون ديناً متساوياً على رجلين . فهل يقال : كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين ، أو كل واحد منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ إذا قلنا : يصح ضمان المبهم يحتمل وجهين . قاله ابن رجب فى قواعده .

الثالثة : لو كان على اثنين مائة لآخر ، فضمن كل واحد منهما الآخر . فقضاه أحدهما نصف المائة ـ أو أبرأه منه ـ ولا نية . فقيل : إن شاء صرفه إلى الذى عليه بالأصالة ، وإن شاء صرفه إلى الذى عليه بطريق الضمان .

قلت : وهو أولى .

وقد تقدم مايشبه ذلك فى الرهن بعد قوله « وإن رهنه رجلان شيئاً فوفاه أحدهما » .

وقيل : يكون بينهما نصفان . وأطلقهما فى الفروع .

الرابعة : لو أحال عليهما ليقبض من أيهما شاء : صح ، على الصحيح من المذهب .

وذكر ابن الجوزى وجهاً لايصح ، كحوالته على اثنين له على كل واحد منهما مائة .

الخامسة : لو أبرأ أحدهما من المائة ، بقى على الآخر خمسون أصالة .

السادسة : لو ضمن ثالث عن أحدهما المائة بأمره ، وقضاها : رجع على المضمون عنه بها .

وهل له أن يرجع بها على الآخر ؟ فيه روايتان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الذى يظهر : أن له الرجوع عليه . لأنه كضامن الضامن .

السابعة : لو ضمن معرفته : أخذ به . نقله أبو طالب .

الثامنة : لو أحال رب الحق ، أو أحيل ، أو زال العقد : برىء الكفيل . و بطل الرهن . ويثبت لوارثه . ذكره فى الانتصار .

وذكر فى الرعاية الكبرى – فى الصورة الأولى – احتمال وجهين فى بقاء الضمان .

ونقل مهنا فيها : يبرأ ، وأنه إن عجز مكاتب رَقّ . وسقط الضمان .

وذكر القاضى : أنه لو أقاله فى سلم به رهن حبسه برأس ماله . جَعَلَهُ أصلا ، كحبس رهن بمهر المثل بالمتعة .

التاسعة : لو خيف من غرق السفينة ، فألقى بعض من فيها متاعه فى البحر لتخف : لم يرجع به على أحد ، سواء نوى الرجوع أو لا ؟ وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى – من عنده – ويحتمل أن يرجع إذا نوى الرجوع . وما هو ببعيد . انتهى .

ويجب الإلقاء إن خيف تلف الركاب بالغرق .

ولو قال بعض أهل السفينة : ألق متاعك . فألقاه . فلا ضمان على الآمر .

و إن قال : ألقه وأنا ضامنه ، ضمن الجميع . قاله أبو بكر ، والقاضى ، ومن بعدهما

و إن قال : وأنا وركبان السفينة ضامنون ، وأطلق . ضمن وحده بالحصة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . ولم يذكره المصنف ، ولا الشارح ، ولا الحارثى .

وقال أبو بكر : يضمنه القائل وحده . إلا أن يتطوع بقيتهم . واختاره ابن عقيل . وقدمه فى الرعاية .

وقال القاضى : إن كان ضمان اشتراك ، فليس عليه إلا ضمان حصته . وإن كان ضمان اشتراك وانفراد – بأن يقول « كل واحد منا ضامن لك متاعك »

أو قيمته » ضمن القائل ضمان الجميع . سواء كانوا يسمعون قوله فسكتوا أو لم يسمعوا . انتهى .

قال الحارثى ، فى آخر الغصب : وهو الحق . وإن رضوا بما قال : لزمهم .

قال فى الفروع : ويتوجه الوجهان .

وإن قالوا « ضمناه لك » ضمنوا بالحصة .

وإن قالوا « كل واحد منا ضامنه » ضمن الجميع . ذكره أبو بكر ، والقاضى ، ومن بعدهما .

وكذا الحكم فى ضمانهم ماعليه من الدين .

ويأتى فى آخر الغصب بعض هذا ، ومسائل تتعلق بهذا . فليراجع .

العاشرة : لو قال لزيد « طلق زوجتك . وعلىَّ ألف ، أو مهرها » لزمه ذلك بالطلاق . قاله فى الرعاية .

وقال أيضاً : لو قال « بع عبدك من زيد بمائة وعلىَّ مائة أخرى » لم يلزمه شىء . وفيه احتمال . والله أعلم .

باب الحـوالة

فوائد

إحداها : قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : هى مشتقة من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة .

وقال فى المستوعب : هى مشتقة من التحول . لأنها تحول الحق وتنقله من ذمة إلى ذمة .

والظاهر : أن المعنى واحد . فإن « التحول » مطاوع « للتحويل » يقال : حولته فتحول .

الثانية : « الحوالة » عقد إرفاق . تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه . وليست بيعاً . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . لجوازها بين الدينين المتساويين جنساً وصفة . والتفرق قبل القبض . واختصاصها بجنس واحد ، واسم خاص ، ولزومها .

ولا هى فى معنى المبيع . لعدم العين فيها . وهذا الصواب .

قال المصنف : وهو أشبه بكلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى القاعدة الثالثة والعشرين : « الحوالة » هل هى نقل للحق ، أو تقبيض ؟ فيه خلاف .

وقد قيل : إنها بيع . فإن المحيل يشترى مافى ذمته بما فى ذمة المحال عليه . وجاز تأخير القبض رخصة . لأنه موضوع على الرفق . فيدخلها خيار المجلس .

واعلم أن الحوالة تشبه « المعاوضة » من حيث إنها دين بدين . وتشبه «الاستيفاء» من حيث إنه يبرىء المحيل ، و يستحق تسليم المبيع إذا أحال بالثمن .

ولترددها بين ذلك : ألحقها بعض الأصحاب بالمعاوضة ، كما تقدم . وألحقها بعضهم بالاستيفاء .

الثالثة : نقل مهنا ـ فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال . فقال له : خذ منه ديناراً . فأخذ منه أكثر ـ قال : الضمان على المرسل ،لتغريره . ويرجع هو على الرسول . ذكره ابن رجب فى قواعده .

قوله ﴿ وَلاَ تَصِحُّ إِلاَّ بِثَلاَثَةِ شُرُوطٍ . أَحَدُهَا : أَنْ يُحِيلَ عَلَى دَيْنٍ مُسْتَقِرٍّ . فَإِنْ أَحَالَ عَلَى مَالِ الْكِتَابَةِ ، أَوِ السَّلَمِ ، أَوِ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ﴾ .

وكذا لو أحال على الأجرة عند العقد ﴿ لَمْ تَصِحَّ . وَإِنْ أَحَالَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَه ، أو الزَّوْجُ امْرَأَتَه : صَحَّ ﴾ وكذا لو أحال بالأجرة .

اعلم أن الحوالة تارة تكون على مال . وتارة تكون بمال .

فإن كانت الحوالة على مال : فيشترط أن يكون المال المحال عليه مستقراً . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : تصح الحوالة على مال الكتابة بعد حلوله .

وفى طريقة بعضَ الأصحاب : أن المسلَم فيه منزل منزلة الموجود ، لصحة الإبراء منه ، والحوالة عليه وبه .

وقال الزركشى : لا يظهر لى منع الحوالة بالمسلم فيه .

وظاهر ماقدمه فى المحرر : صحة الحوالة على المهر قبل الدخول . وعلى الأجرة بالعقد .

وإن كانت الحوالة بمال : لم يشترط استقراره . وتصح الحوالة به . على الصحيح من المذهب . وعليه جماعة من الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والكافى ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقدمه فى الزركشى . وجزم به فى المحرر فى مال الكتابة . وقدمه فى غيره . واختاره القاضى ، وابن عقيل فى مال الكتابة . ذكره فى التلخيص على مايأتى .

وقيل : يشترط كون المحال به مستقراً ، كالمحال عليه . اختاره القاضى فى المجرد . وجزم به الحلوانى .

قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة : يشترط لصحتها أن تكون بدين مستقر ، وعلى دين مستقر .

قال فى الحاويين : ولا تصح إلا بدين معلوم ، يصح السلم فيه ، مستقراً على مستقر .

قال فى الرعايتين : إنما تصح بدين معلوم يصح السلم فيه ، مستقراً فى الأشهر ، على دين مستقر .

قال فى الفائق : وتختص صحتها بدين يصح فيه السلم . ويشترط استقراره ، فى أصح الوجهين ، على مستقر .

قال فى التلخيص : فلا تصح الحوالة بغير مستقر ، ولا على غير مستقر . فلا تصح فى مدة الخيار ، ولا فى الأجرة قبل استيفاء المنفعة ، ولا فى الصداق قبل الدخول . وكذلك دين الكتابة . على ظاهر كلام أبى الخطاب .

وقال القاضى ، وابن عقيل : تصح حوالة المكاتب لسيده بدين الكتابة على من له عليه دين ، ويبرأ العبد ويعتق ، ويبقى الدين فى ذمة المحال عليه للسيد . انتهى

وأطلق فى الرعايتين ، والفروع : الوجهين فى الحوالة بمال الكتابة ، والمهر ، والأجرة . وأطلقهما فى الحاويين ، والفائق ، فى الحوالة بدين الكتابة ، والمهر .

وقال الزركشى ـ تبعاً لصاحب المحرر ـ : الديون أربعة أقسام : دين سلم ، ودين كتابة ، وما عداهما . وهو قسمان : مستقر ، وغير مستقر . كثمن المبيع فى مدة الخيار ونحوه .

فلا تصح الحوالة بدين السلم ، ولا عليه . وتصح بدين الكتابة ، على الصحيح ، دون الحوالة عليه . ويصحان فى سائر الديون مستقرها وغير مستقرها .

وقيل : لا تصح على غير مستقر بحال . وإليه ذهب أبو محمد ، وجماعة من الأصحاب .

وقيل : ولا بما ليس بمستقر . وهذا اختيار القاضى فى المجرد . وتبعه أبو الخطاب والسامرى . انتهى .

تنبيه : يستثنى من محل الخلاف من المال المحال عليه ، والمحال به : دين السلم . فإنه لاتصح الحوالة عليه ولا به ، عند الإمام أحمد وأصحابه ، إلا ماتقدم عن بعض الأصحاب فى طريقته ، وكلام الزركشى .

فائدة : فى صحة الحوالة برأس مال السلم وعليه وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، وشرحه ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

أحدهما : لاتصح . قدمه فى الرعاية الكبرى فى باب القبض والضمان من البيوع . فقال : لايصح التصرف فى رأس مال السلم بعد فسخه واستقراره بحوالة ولا بغيرها . وقيل : يصح . انتهى .

وتقدم ذلك فى باب السلم فى كلام المصنف .

تنبيه : خرج من كلام المصنف : لو أحال من لا دين عليه على من عليه دين فإنه لايسمى حوالة ، بل هو وكالة فى القبض . ولو أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه : فهو وكالة فى اقتراض ، لا حوالة .

ولو أحال من عليه دين على من لا دين عليه : فهو وكالة فى اقتراض أيضاً . فلا يصارفه . نص عليه .

قال فى الموجز ، والتبصرة : إن رضى المحال عليه بالحوالة : صار ضامناً ، يلزمه الأداء .

فائدة : قوله ﴿ الثَّانِى : اتِّفَاقُ الدَّيْنَيْنِ فِى الْجِنْسِ وَالصِّفَةِ وَالْحُلُولِ وَالتَّأْجِيلِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

ويشترط أيضاً : علم المال ، وأن يكون فيما يصح فيه السلم من المثليات . وفى

غير المثلى ـ كمعدود ومذروع ـ وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وقال فى الرعايتين ، والحاويين : وإنما تصح بدين معلوم ، يصح السلم فيه . وأطلقا فى إبل الدية الوجهين .

أحدهما : تصح فى المعدود ، والمذروع .

قال القاضى فى المجرد : تجوز الحوالة بكل ماصح السلم فيه ، وهو مايضبط بالصفات ، سواء كان له مثل ـ كالأدهان ، والحبوب ، والثمار ـ أو لا مثل له ، كالحيوان ، والثياب .

وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية الأثرم . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال الناظم : تصح فيما يصح السلم فيه .

والوجه الثانى : لاتصح . قال الشارح : ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضى به قرض هذه الأموال . انتهى .

وأما الإبل : فقال الشارح : لو كان عليه إبل من الدية ، وله على آخر مثلها فى السن ، فقال القاضى : تصح . لأنها تختص بأقل مايقع عليه الاسم فى السن والقيمة ، وسائر الصفات .

وقال أبو الخطاب : لاتصح فى أحد الوجهين . لأنها مجهولة .

وإن كان عليه إبل من دية ، وله على آخر مثلها قرضاً ، فأحاله . فإن قلنا يرد فى القرض قيمتها : لم تصح الحوالة . لاختلاف الجنس . وإن قلنا يرد مثلها : اقتضى قول القاضى: صحة الحوالة .

وإن كانت بالعكس ، فأحال المقرض بإبل : لم يصح . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ اتِّفاقُ الدَّيْنَيْنِ فى الجِنْسِ ﴾ كالذهب بالذهب والفضة بالفضة ونحوهما . والصفة ، كالصحاح بالصحاح وعكسه .

فلو أحال من عليه دراهم دمشقية بدراهم عثمانية : لم تصح . قطع به المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

قال الزركشي : وكذلك لاتصح عند من ألحقها بالمعاوضة . إذ اشتراط التفاوت فيهما ممتنع ، كالقرض .

وأما من ألحقها بالاستيفاء ، فقال : إن كان تفاوتاً يجبر على أخذه عند بذله ، كالجيد عن الردىء : صحت . وإلا فلا . انتهى .

قوله ﴿ وَالثَّالِثُ : أَنْ يُحِيلَ بِرِضَاهُ . وَلاَ يُعْتَبَرُ رِضَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ، وَلاَ رِضَى الْمُحْتَالِ ، إِذَا كَانَ الْمحَالُ عَلَيْهِ مَلِيئًا ﴾ .

لايعتبر رضى المحتال إذا كان المحال عليه مليئاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . فيجبر على قبولها . وهو من مفردات المذهب .

وعنه يعتبر رضاه . ذكرها ابن هبيرة ومن بعده .

فائدتان

إحداهما : فسر الإمام أحمد رضى الله عنه الملىء ، فقال : هو أن يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

زاد فى الرعاية الصغرى ، والحاويين : أو فعله .

وزاد فى الكبرى عليهما : وتمكنه من الأداء .

وقيل : هو الملىء بالقول والأمانة ، وإمكان الأداء .

قال الزركشي عن تفسير الإمام أحمد : الذى يظهر أن الملىء بالمال : أن يقدر على الوفاء ، والقول :أن لايكون مماطلا . والبدن : أن يمكن حضوره إلى مجلس الحكم .

الثانية : يبرأ المحيل بمجرد الحوالة . ولو أفلس المحال عليه ، أو جحد ، أو مات . على الصحيح من المذهب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وصححه القاضى يعقوب .

قال الناظم ، وصاحب الفائق : هذا المشهور عن الإمام أحمد . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والحاويين ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه لايبرأ إلا برضى المحتال . فإن أبى : أجبره الحاكم . لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة .

وقال فى الفائق : وعنه لايبرأ مطلقا . وهو ظاهر كلام الخرقى . وتفيد الإلزام فقط . ذكرها فى النكت . وهو المختار . انتهى .

فهذه رواية ثالثة ، قل من ذكرها .

وأطلق الروايتين الأولتين فى المحرر ، والزركشى .

قال فى القاعدة الثالثة والعشرين : ومبنى الروايتين : أن الحوالة هل هى نقل للحق أو تقبيض ؟ فإن قلنا : هى نقل للحق ، لم يعتبر لها قبول . وإن قلنا : هى تقبيض ، فلا بد من القبض بالقول ، وهو قبولها . فيجبر المحتال عليه . انتهى .

فعلى الرواية الثانية ، قال فى الفروع : ويتوجه أن للمحتال مطالبة المحيل قبل إجبار الحاكم .

وذكر أبو حازم ، وابنه أبو يعلى : ليس له المطالبة ، كتعيينه كيساً فيريد غيره

قوله ﴿ وَإِنْ ظَنَّهُ مَلِيئًا . فَبَانَ مُفْلِسًا ، وَلَمْ يَكُنْ رَضِيَ بِالحوَالَةِ : رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإلاَّ فَلاَ ﴾ .

هنا مسائل .

الأولى : لو رضى المحتال بالحوالة مطلقاً برىء المحيل .

الثانية : لو ظهر أنه مفلس ، من غير شرط ولا رضى من المحتال ـ وهى إحدى مسألتى المصنف ـ رجع بلا نزاع .

الثالثة : لو رضى بالحوالة . ولم يشترط اليسار وجهله ، أو ظنه مليئاً ، فبان مفلساً ، وهى مسألة المصنف الثانية : برىء المحيل ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ويحتمل أن يرجع . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ذكرها المصنف في المغنى ، وقال : وبه قال بعض أصحابنا . وذكره بعضهم وجها . وهو ظاهر ماجزم به ابن رزين فى نهايته ، ونظمها . وأطلقهما فى النظم ، والرعايتين ، والحاويين

وقيل : الخلاف وجهان . وقدمه فى الرعاية الـكبرى . وهى طريقة ابن البنا .

الرابعة : لو شرط المحيل : أن المحال عليه ملىء . ثم تبين عسرته : رجع المحتال على المحيل . بلا نزاع . وتقدم إذا أحاله على ملىء .

قوله ﴿ وَإِذَا أَحَالَ المشْتَرِى البَائعَ بِالثَّمَنِ ، أَوْ أَحَال البَائعُ عَلَيْهِ به . فَبَانَ البَيْعُ بَاطِلاً ، فَالحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ فُسِخَ البَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ : لَمْ تَبْطُلَ الحَوالَةُ ﴾ .

إذا فسخ البيع بعيب ، أو إقالة ، أو خيار ، أو انفسخ النكاح بعد الحوالة بين الزوجين ونحوها ، فلا يخلو : إما أن يكون بعد قبض المحتال مال الحوالة أو قبله . فإن كان بعد القبض ، لم تبطل الحوالة . قولا واحدا . قاله ابن منجا فى شرحه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمصنف هنا ، وغيرهم .

فعلى هذا : للمشترى الرجوع على البائع ، فى مسألتى حوالته والحوالة عليه ، لا على من كان عليه الدين فى المسألة الأولى ، ولا على من أحيل عليه فى الثانية .

وإن كان قبل القبض : لم تبطل الحوالة أيضاً ، على الصحيح من المذهب . سواء أحيل على المشترى بثمن المبيع ، أو أحال به ، كما لو أعطى البائع بالثمن عرضا . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه المصنف ، وصاحب المحرر ، والفروع ، وغيرهم .

والحـكم على هذا كالحـكم فيما إذا كان بعد القبض ، على ماتقدم .

وللبائع أن يحيل المشترى على من أحاله المشترى عليه فى الصورة الأولى .

وللمشترى أن يحيل المحتال عليه على البائع فى الصورة الثانية .

ويحتمل أن يبطل. وهو وجه ، كما لو بان البيع باطلا ببينة ، أو اتفاقهما . ولا تفريع عليه . وجزم به ابن رزين فى نهايته ونظمها . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم .

وقال القاضى : تبطل الحوالة به لا عليه ، لتعلق الحق بثالث .

وجزم فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة وغيرهم : بصحة الحوالة على المشترى . وهى الصورة الثانية فى كلام المصنف .

وأطلقوا الوجهين فى بطلان الحوالة به . وهى الصورة الأولى فى كلام المصنف . إلا فى الكافى . فإنه قدم بطلان الحوالة . وأطلقهن فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

فعلى الوجه الثانى : هل يبطل إذن المشترى للبائع أم لا ؟ فيه وجهان ، وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : يبطل . قدمه فى الرعاية الكبرى .

والثانى : لا يبطل . قال فى التلخيص : فعلى وجه بطلان الحوالة : لا يجوز له القبض . فإن فعل احتمل أن لا يقع عن المشترى . لأن الحوالة انفسخت . فبطل الإذن الذى كان ضمنها .

واحتمل أن يقع عنه . لأن الفسخ ورد على خصوص جهة الحوالة ، دون ما تضمنه الإذن . فيضاهى تردد الفقهاء فى الأمر إذا نسخ الوجوب : هل يبقى الجواز ؟ والأصح عند أصحابنا بقاؤه . وإذا صلى الفرض قبل وقته انعقد نفلا . انتهى .

قال شيخنا فى حواشى الفروع : وهذا يرجع إلى قاعدة ، وهى ما إذا بطل الوصف : هل يبطل الأصل ، أو يبطل الوصف فقط ؟ .

ويرجع إلى قاعدة . وهى إذا بطل الخصوص : هل يبطل العموم ؟ وهى مسألة خلاف بين العلماء . ذكرها فى القواعد الأصولية .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ . قَالَ : بَلْ وَكَّلْتَنِي . أَوْ قَالَ : وَكَّلْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَحَلْتَنِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِي الوَكَالَةَ ﴾ .

هذا المذهب فيهما . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والكافى ، والمحرر . والشرح ، والنظم ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاويين .

وقيل : القول قول مدعى الحوالة . اختاره القاضى . وقدمه فى الخلاصة . وأطلقهما فى التلخيص ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ قَالَ : أَحَلْتُكَ ، وَادَّعَى أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ أُرِيدَ بِهَا الوَكَالَة ، وَأَنْكَرَ الآخَرُ : فَفِي أَيِّهِمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؟ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الكافى ، والمغنى ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والحاويين ، والفروع .

أحدهما : القول قول مدعى الوكالة . وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين . وصححه فى التصحيح ، والوجيز .

والوجه الثانى : القول قول مدعى الحوالة . وصححه فى التلخيص ، والفائق وتجريد العناية .

قلت : وهو الصواب .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم : لو قال « أحلتك بدينى » وادعى أحدهما : أنه أريد بها الوكالة . قاله فى الفروع .

وقدم فى الرعاية الكبرى فى هذه : أن القول قول مدعى الحوالة .

الثانية : لو اتفقا على أنه قال « أحلتك بالمال الذى قبل فلان » ثم اختلفا . فقال المحيل : إنما وكلتك فى القبض لى . وقال الآخر : بل أحلتنى بدينى . فقيل : القول قول المحيل . قدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قال فى الفروع : جزم به جماعة .

وقيل : القول قول مدعى الحوالة . لأن الظاهر معه . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع . و يأتى عكسها .

فعلى الأول : يحلف المحيل . و يبقى حقه فى ذمة المحال عليه . قاله المصنف والشارح .

قال فى الرعاية الكبرى ، والفروع : لايقبض المحتال من المحال عليه ، لعزله بالإنكار . وفى طلب دينه من المحيل وجهان . وأطلقهما فى الرعاية ، والحاويين ، والفائق . والفروع .

وقال : لأن دعواه الحوالة براءة .

أحدهما : له طلبه . وهو الصحيح من المذهب . صححه المصنف والشارح .

وعلى الثانى : يحلف المحتال . و يثبت حقه فى ذمة المحال عليه . و يستحق مطالبته . و يسقط عن المحيل .

قال المصنف ، والشارح ، وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه ، وتلف فى يده ، فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه . ولا ضمان عليه . سواء تلف بتفريط أو غيره .

و إن لم يتلف احتمل أن لايملك المحيل طلبه ، و يحتمل أن يملك أخذه منه ، و يملك مطالبته بدينه . وهو الصحيح .

قال فى الفروع ــ تفريعاً على القول الأول ــ وما قبضه المحتال ، ولم يتلف : فللمحيل أخذه فى الأصح . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يملك المحيل أخذه منه . ولا يملك المحتـال المطالبة بدينه ، لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة . وقد تقدم .

قال المصنف ، والشارح : وليس بصحيح . انتهيا .

و إن كانت المسألة بالعكس ، بأن قال المحيل « أحلتك بدينك . فقال : بل وكلتنى » ففيها الوجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : يقبل قول مدعى الوكالة . وهو الصحيح . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

والوجه الثانى : القول قول مدعى الحوالة .

فإن قلنا : القول قول المحيل ، فحلف : برىء من حق المحتال . وللمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه .

و إن قلنا : القول قول المحتال ، فحلف : كان له مطالبة المحيل بحقه ، ومطالبة المحال عليه . فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل ، فله أخذ ما قبض لنفسه . و إن استوفى من المحيل دون المحال عليه : رجع المحيل على المحال عليه فى أحد الوجهين .

قال القاضى : وهذا أصح .

والوجه الثانى : لا يرجع عليه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

و إن كان قبض الحوالة ، فتلفت فى يده بتفريط ، أو أتلفها : سقط حقه على كلا الوجهين .

و إن تلفت بغير تفريط . فعلى الوجه الأول : يسقط حقه أيضاً . وعلى الوجه الثانى : له أن يرجع على المحيل بحقه . وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه . قاله المصنف ، والشارح .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَحَلْتُكَ بِدَيْنِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعِى الْحَوَالَةِ وَجْهًا وَاحِدًا ﴾ .

يعنى : إذا اتفقا على ذلك ، وادعى أحدهما : أنه أريد به الوكالة ، وأنكر الآخر . فالقول قول مدعى الحوالة . لا أعلم فيه خلافاً . وقطع به الأصحاب .

فائدة : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الحوالة على ماله فى الديوان إذن فى الاستيفاء فقط . وللمحتال الرجوع ومطالبة محيله .

تنبيه : ذكر بعض المصنفين مسألة المقاصة[1] هنا . وذكرها بعضهم فى آخر السلم . ولم يذكرها المصنف ، وذكر مايدل عليها فى كتاب الصداق .

وقد ذكرناها فى آخر باب السلم فليعاود .

باب الصلح

فائدة : « الصلح » عبارة عن معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين مختلفين . قاله المصنف وغيره .

قال ابن رزين فى شرحه : هو الموافقة بعد المنازعة . انتهى .

و « الصلح » أنواع : صلح بين المسلمين وأهل الحرب . وتقدم فى الجهاد . وصلح بين أهل البغى والعدل . ويأتى . وبين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، أو خافت الزوجة إعراض زوجها عنها . ويأتى أيضاً . وبين المتخاصمين فى غير المال ، أوفى المال . وهو المراد هنا .

وهو قسمان : صلح على الإقرار ، وصلح على الإنكار .

وقسم بالمال . وهو الصلح مع السكوت عنه .

قوله ـ فى صُلح الإقرار ـ ﴿ أَحَدُهُما : الصُّلْحُ عَلَى جِنْسِ الحَق ، مِثْلَ أَنْ يُقِرَّ لَهُ بِدَيْنٍ . فَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَهُ ، أَوْ بِعَيْنٍ . فَيَهَبَ لَهُ بَعْضَهَا ،

(١) فى الأحمدية « القارصة » .

وَيأْخُذَ البَاقِيَ . فَيَصِحّ إنْ لَمْ يَكُنْ بِشَرْطٍ . مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي البَاقِيَ ، أَوْ يَمْنَعَهُ حَقَّهُ بِدُونِهِ ﴾ .

إذا أقر له بدين أو بعين ،فوضع عنه بعضه ، أو وهب له بعضها ، من غير شرط : فهو صحيح . لأن الأول إبراء . والثانى هبة بلا نزاع . لكن لا يصح بلفظ « الصلح » على الصحيح من المذهب . لأنه هضم للحق .

قال فى الفروع : لا بلفظ « الصلح » على الأصح .

قال الزركشى : هذا المشهور . وهو مختار القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما .

قال القاضى : وهو مقتضى قول الإمام أحمد رحمه الله : ومن اعترف بحق فصالح على بعضه ، لم يكن صلحاً . لأنه هضم للحق .

وقدمه فى التلخيص . وغيره ، وهو مقتضى كلام الخرقى ، وابن أبى موسى . انتهى . وهو من المفردات .

وعنه يصح بلفظ « الصلح » وهو ظاهر ما فى الموجز ، والتبصرة . واختاره ابن البنا فى خصاله .

فائدة : ظاهر كلام الخرقى : أن الصلح على الإقرار لا يسمى صلحاً . وقاله ابن أبى موسى . وسماه القاضى وأصحابه صلحاً .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : والخلاف فى التسمية . وأما المعنى : فمتفق عليه .

قال الزركشى : وصورته الصحيحة عندهم : أن يعترف له بعين ، فيعاوضه عنها ، أو يهبه بعضها ، أو بدين . فيبرئه من بعضه ونحو ذلك . فيصح إن لم يكن بشرط ، ولا امتناع من أداء الحق بدونه . انتهى .

وقول المصنف « إن لم يكن بشرط » له صورتان

إحداهما : أن يمنعه حقه بدونه . فالصلح فى هذه الصورة : باطل ، قولا واحداً .

والثانية : أن يقول : على أن تعطينى الباقى أو كذا . وما أشبهه . فالصلح أيضاً فى هذه الصورة باطل . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به الأكثر .

وقيل : يصح الصلح والحالة هذه .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ ذَلِكَ مِمَّنْ لاَ يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ، كَالْمُكَاتَبِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ وَنَحْوِهِمَا ﴾ إلاَّ فِى حَالِ الإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ . بلا نزاع فيهما .

وقوله ﴿ وَوَلِيِّ الْيَتِيمِ ، إلاَّ فِى حَالِ الإِنْكَارِ وَعَدَمِ الْبَيِّنَةِ ﴾ .

هو الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يصح الصلح أيضاً . قطع به فى الترغيب .

فائدة : يصح الصلح عما ادعى على مُولِّيه ، و به بينة ، على الصحيح من المذهب . وقيل : لا يصح .

قوله ﴿ وَلَوْ صَالَحَ عَنِ الْمُؤَجَّلِ بِبَعْضِهِ حَالاًّ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وفى الإرشاد ، والمبهج : رواية يصح .

واختاره الشيخ تقى الدين : لبراءة الذمة هنا . وكدين الكتابة . جزم به الأصحاب فى دين الكتابة . ونقله ابن منصور .

وهى مستثناة من عموم كلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ وَضَعَ بَعْضَ الحَالِّ ، وَأَجَّلَ بَاقِيَه : صَحَّ الإِسْقَاطُ دُونَ التَّأْجِيلِ ﴾ .

أما الإسقاط : فيصح ، على الصحيح من المذهب . واختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : لايصح الإسقاط .

وأما التأجيل : فلا يصح ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . لأنه وعد . وعنه يصح .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله رواية : بتأجيل الحال فى المعاوضة ، لاالتبرع قال فى الفروع ، والظاهر : أنها هذه الرواية .

وأطلق فى التلخيص الروايتين فى صحة الصلح .

ثم قال : والذى أراه أن الروايتين : فى البراءة . وهو الإسقاط . فأما الأجل فى الباقى : فلا يصح بحال . لأنه وعد . انتهى .

واعلم أن أكثر الأصحاب قالوا : لايصح الصلح فى هذه المسألة . وصححه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وجزم به فى الكافى ، وغيره . وقدمه ناظم المفردات . فقال :

والدين إن يوصف بالحلول ... فالصلح لايصح فى المنقول
عليه بالبعض مع التأجيل ... رجحه الجمهور بالدليل
وقال بالجزم به فى الكافى ... وفصل المقنع للخلاف
فصحح الإسقاط دون الآجل ... وذاك نص الشافعى ينجلى انتهى .

فائدة : مثل ذلك ـ خلافا ومذهباً ـ : لو صالحه عن مائة صحاح بخمسين مكسرة ، هل هو : إبراء من الخمسين . أو وعد فى الأخرى ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الحَقِّ بِأَكْثَرَ مِنْهُ مِنْ جِنْسِهِ ، مِثْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَنْ دِيَةِ الْخَطَإِ ، أَوْ عَنْ قِيمَةِ مُتْلَفٍ بِأَكْثَرَ مِنْهَا مِنْ جِنْسِهَا : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : الصحة فى ذلك ، وأنه قياس قول الإمام أحمد رحمه الله ، كعوض ، وكالمثلى .

قال فى الفروع : ويخرج على ذلك تأجيل القيمة . قاله القاضى وغيره .

وذكر المصنف ، والشارح ، ومن تبعهما : رواية بالصحة فيما إذا صالح عن المائة الثابتة بالإتلاف بمائة مؤجلة .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ بِعَرَضٍ قِيمَتُهُ أَكْثَرَ مِنْهَا : صَحّ فِيهِمَا ﴾ .

بلا نزاع .

فائدة : لو كان فى ذمته مثلياً ، من قرض أو غيره : لم يجز أن يصالح عنه بأكثر منه من جنسه . وإن صالح عن قيمة ذلك بأكثر منها : جاز . قطع به فى الفروع والرعاية . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر ، وغيره ، ككلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ إِنْسَاناً لِيُقِرّ لَهُ بِالْعُبُودِيّةِ ، أَوِ امْرَأَةً لِتُقِرّ لَهُ بِالزّوْجِيّةِ : لَمْ يَصِحّ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه .

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ المدّعَى عَلَيْهِ الْعُبُودِيّةَ إِلَى المدّعِي مَالاً صُلْحًا عَنْ دَعْوَاهُ : صَحّ ﴾ .

أن المرأة لو دفعت مالاً صلحاً عن دعواه عليها الزوجية : لم يصح . وهو أحد الوجهين . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو ظاهر كلامه فى المذهب ، والهداية ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم . وكلامهم ككلام المصنف .

والوجه الثانى : يصح . ذكره أبو الخطاب ، وابن عقيل . وهو الصحيح . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الكافى ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : ومتى صالحته على ذلك ، ثم ثبتت الزوجية بإقرارها ، أو ببينة . فإن قلنا : الصلح باطل . فالنكاح باق بحاله . وإن قلنا : هو صحيح . احتمل ذلك أيضاً .

قلت : وهو الصواب .

واحتمل أن تبين منه بأخذ العوض عما يستحقه من نكاحها ، فكان خلعا .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، وشرح ابن رزين .

فائدة : لو طلقها ثلاثا ، أو أقل ، فصالحها على مال ، لتترك دعواها : لم يجز . وإن دفعت إليه مالاً ليقر بطلاقها : لم يجز . فى أحد الوجهين .

قلت : هذا الصحيح من المذهب .

وفى الآخر : يجوز ، كما لو بذلته ليطلقها ثلاثا .

قلت : يجوز لها أن تدفع إليه . ويحرم عليه أن يأخذ . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

تنبيه : قوله ﴿ النَّوْعُ الثَّانِى : أَنْ يُصَالِحَهُ عَنِ الحَقِّ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ . فَإِنْ كَانَ بِأَثْمَانٍ عَنْ أَثْمَانٍ ، فَهُوَ صَرْفٌ ﴾ .

يشترط فيه مايشترط فى الصرف .

ومفهوم قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ الأَثْمَانِ فَهُوَ بَيْعٌ ﴾ .

أن البيع يصح بلفظ « الصلح » وهو ظاهر كلام القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وقاله فى الترغيب .

وقال فى التلخيص : وفى انعقاد البيع بلفظ الصلح تردد . يحتمل أن يصح ، ويحتمل أن لايصح . وعللهما .

وتقدم ذلك فى كتاب البيع .

فائدتان

إحداهما: يجوز الصلح عن دين بغير جنسه مطلقا . و يحرم بجنسه بأ كثر أو أقل على سبيل المعاوضة . وتقدم قريب من ذلك .

الثانية : لو صالح بشيء فى الذمة : حرم التفرق قبل القبض .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ بِمنفعةٍ ، كَسُكْنَى دَارٍ . فَهُوَ إِجَارَةٌ . تَبْطُلُ بِتَلَفِ الدَّارِ، كَسَائِرِ الإِجَارَاتِ ﴾ .

قاله الأصحاب . وذكر صاحب التعليق ، والمحرر : لو صالح الورثة مَنْ وُصِّى له بخدمة أو سكنى ، أو حمل أمة ، بدراهم مسماة : جاز لا بيعا .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَتِ المرْأَةُ بتَزْوِيجِ نَفْسِهَا : صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الصُّلْحُ عَنْ عَيْبٍ فِى مَبِيعِهَا . فبان أنه ليس بعيب : رَجَعَتْ بأَرْشِهِ لاَ بِمَهْرِهَا ﴾

وهكذا رأيت فى نسخة قرئت على المصنف ، والمصنف ممسك الأصل « وعليها خطه . وكذا قال فى الخلاصة » والمحرر ، و إدراك الغاية » وغيرهم .

قال فى تذكرة ابن عبدوس « فبان صحيحاً » .

وفى منور الأدمى ، ومنتخبه « فبان أن لاعيب »

وفى تجريد العناية « فبان بخلافه » وعليها شرح الشارح .

فمفهوم كلام هؤلاء : أنه لو كان به عيب حقيقة ، ثم زال عند المشترى : أنه لايرجع بالأرش .

قال ابن نصر الله فى حواشى الوجيز : بلا خلاف .

ووجد فى نسخ « فزال ، أى العيب » وكذا فى الكافى ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم .

فظاهر كلام هؤلاء : أنه إن كان به عيب حقيقة . ثم زال « كالحمى مثلا ، والمرض ، ونحوهما .

لـكن أوله ابن منجا فى شرحه . وقال : معنى « زال » تبين . وذكر أنه لمصلحة من أذن له فى إصلاحه ، كالنسخة الأولى . ومَثَّله : بما إذا كان المبيع أمة ظنها حاملاً لانتفاخ بطنها . ثم زال .

وقال : صرح به أبو الخطاب فى الهداية .

ثم قال : فعلى هذا : إن كان موجوداً ـ أى : العيب ـ عند العقد ، ثم زال . كبيع طير مريضاً ، فتعافى : لا شىء لها . وزوال العيب بعد ثبوته حال العقد : لايوجب بطلان الأرش .

لـكن تأويله مخالف لظاهر اللفظ . وهو مخالف لمـا صرح به فى الرعايتين والحاويين ، والمذهب ، والنظم . فإنهم ذكروا الصورتين . وجعلوا حكمهما واحداً .

إذا تحقق ذلك . فهنا صورتان .

إحداهما : إذا تبين أنه ليس بعيب . فهذه لا نزاع فيها فى رد الأرش .

الثانية : إذا كان العيب موجوداً ثم زال . فهذه محل الـكلام والخلاف .

فحـكى فى الرعايتين فيها وجهين . وزاد فى الـكبرى قولاً ثالثاً .

أحدها : أنه حيث زال يرد الأرش . وهو الذى قطع به فى المذهب ، والحاويين . وقدمه فى الرعايتين . وهو ظاهر قوله فى الوجيز ، والـكافى ، والفروع . لاقتصارهم على قولهم « فزال » .

والقول الثانى : أن الأرش قد استقر لمن أخذه ، ولو زال العيب . ولا يلزمه رده . وهذا ظاهر مافى الخلاصة ، والمقنع فى نسخة ، والمحرر ، والشرح ، وإدراك الغاية ، وتذكرة ابن عبدوس ، والمنور ، والمنتخب ، وتجريد العناية . لاقتصارهم على قولهم « فتبين أنه ليس بعيب » اختاره ابن منجا .

وقال ابن نصر الله : لا خلاف فيه .

وكأنه ماطلع على كلامه فى المذهب ، والرعايتين ، والحاويين .

ولنا قول ثالث فى المسألة : اختاره ابن حمدان فى الـكبرى .

فقال ، قلت : إن زال العيب ـ والعقد جائز ـ أخذه ، وإلا فلا . انتهى .

قلت : وهو أقرب من القولين . ويزاد « إذا زال سريعاً عرفا » والله أعلم .

وبعده : القول بعدم الرد .

والقول بالرد مطلقاً إذا زال العيب بعيد . إذ لابد من حد يرد فيه .

ثم وجدته فى النظم قال « إذا زال سريعاً » فحمدت الله على موافقة ذلك .

قوله ﴿وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْمَجْهُولِ بِمَعْلُومٍ ، إِذَا كَانَ مِمَّا لاَ يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ لِلْحَاجَةِ﴾ .

سواء كان عيناً أو ديناً ، أو كان الجهل من الجانبين ، أو ممن عليه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، وقطع به كثير منهم .

وخرج القاضي فى التعليق ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وغيرهما : عدم الصحة فى صلح المجهول ، والإنكار من البراءة من المجهول .

وخرجه فى التبصرة من الإبراء من عيب لم يعلماه .

وقيل : لا يصح عن أعيان مجهولة . لكونه إبراء . وهى لا تقبله .

وقال فى الترغيب : وهو ظاهر كلامه . واختاره فى التلخيص ، وقال : قاله القاضى فى التعليق الكبير .

تنبيه : مفهوم كلامه : أنه إذا أمكن معرفة المجهول : لا يصح الصلح عنه . وهو صحيح . جزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، وغيرهم لعدم الحاجة كالبيع .

قال فى الفروع : وهو ظاهر نصوصه . وهو ظاهر ماجزم به فى الإرشاد ، وغيره .

والذى قدمه فى الفروع : أنه كبراءة من مجهول .

قال فى التلخيص : وقد نزل أصحابنا الصلح عن المجهول المقر به بمعلوم منزلة الإبراء من المجهول . فيصح على المشهور ، لقطع النزاع .

وإن قلنا : لا يصح الإبراء من المجهول ، فلا يصح الصلح عنه .

فائدة : حيث قلنا : يصح الصلح عن المجهول . فإنه يصح بنقد ونسيئة . جزم به فى الفروع وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ القِسْمُ الثَّانِى : أَنْ يَدَّعِى عَلَيْهِ عَيْنًا ، أَوْ دَيْنًا . فَيُنْكِرُهُ أو يسكت ، ثُمَّ يُصَالِحُهُ عَلَى مَالٍ . فَيَصِحُّ ، وَيَكُونُ بَيْعًا فى حَقِّ المدّعِى . حَتَّى إِنْ وَجَدَ بِمَا أَخَذَهُ عَيْبًا فَلَهُ رَدُّهُ وَفَسْخُ الصُّلْحِ ، وَإِنْ كَانَ شِقْصًا مَشْفُوعًا : ثَبَتَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ﴾ .

وإن صالح ببعض العين المدعى بها ، فهو فيه كالمنكر . قاله الأصحاب .

قال فى الفروع : وفيه خلاف .

قال فى الرعاية الكبرى : فهو كالمنكر . وفى صحته احتمالان .

﴿ وَيَكُونُ إِبْرَاءً فِى حَقِّ الآخَرِ . فَلاَ يَرُدُّ مَا صَالَحَ عَنْهُ بِعَيْبٍ . وَلاَ يُؤْخَذُ بِشُفْعَةٍ ﴾ .

اعلم أن الصحيح من المذهب : صحة الصلح على الإنكار . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : لا يصح الصلح عن الإنكار .

فعلى المذهب : يثبت فيه ما قال المصنف . وعليه الأصحاب .

لكن قال فى الإرشاد : يصح هذا الصلح بنقد ونسيئة . لأن المدعى ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه .

قال فى التلخيص ، والترغيب : وظاهر ماذكره ابن أبى موسى : أن أحكام البيع والصرف لا تثبت فى هذا الصلح ، إلا فيما يختص بالبيع ، من شفعة عليه ، وأخذ زيادة ، مع اتحاد جنس المصالح عنه والمصالح به . لأنه قد أمكنه أخذ حقه بدونها ، وإن تأخر .

واقتصر صاحب المحرر على قول الإمام أحمد رحمه الله : إذا صالحه على بعض حقه بتأخير : جاز .

وعلى قول ابن أبي موسى : الصلح جائز بالنقد والنسيئة ومعناه . ذكره أبو بكر . فإنه قال : الصلح بالنسيئة .

ثم ذكر رواية مهنا : يستقيم أن يكون صلحاً بتأخير . فإذا أخذه منه لم يطالبه بالبقية . انتهى .

قلت : ممن قطع بصحة صلح الإنكار بنقد ونسيئة : ابن حمدان في الرعاية وذكره في المستوعب ، والتلخيص ، والحاويين ، وغيرهم عن ابن أبي موسى . واقتصروا عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكِرِ أَجْنَبِيٌّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ : صَحَّ ﴾ .

إذا صالح عن المنكر أجنبي ، فتارة يكون المدعَى به ديناً ، وتارة يكون عيناً .

فإن كان المدعَى به دينا : صح الصلح عند الأصحاب . وجزم به الأكثر . منهم صاحب الفروع .

وقيل : لايصح . لأنه بيع دين لغير المديون . ذكره في الرعاية الكبرى .

وإن كان عينا ، ولم يذكر أن المنكر وكله . فظاهر كلام المصنف هنا : صحة الصلح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلامه في الوجيز وغيره . وجزم به في المغني ، والكافي ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وقدمه في الرعايتين ، والفائق .

وقيل : لايصح إن لم يدع أنه وكله . جزم به في المحرر ، والحاويين . وهو ظاهر ماجزم به ابن رزين في نهايته . وقدمه في النظم . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

قال في الخلاصة : لايصح في الأصح . وصححه ابن منجا في شرحه .

قال في الرعاية الكبرى : أظهرهما لايرجع . واختاره في الحاوي الكبير .

وهو ظاهر ماجزم به فى الحاوى الصغير . فإنه قال : ورجع إن كان أذن .

وجزم به فى المحرر ، والوجيز . وقدمه فى الفائق ، والشرح ، والنظم .

والوجه الثانى : يرجع إن نوى الرجوع ، و إلا فلا .

قال المصنف ، ومن تبعه : وخرجه القاضى ، وأبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه .

قال المصنف : وهذا التخريج لايصح . وفرق بينهما .

قال فى الفائق : والتخريج باطل . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الكبير ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ الأَجْنَبِيُّ لِنَفْسِهِ لِتَكُونَ الْمُطَالَبَةُ لَهُ ، غَيْرَ مُعْتَرِفٍ بِصِحَّةِ الدَّعْوَى ، أَوْ مُعْتَرِفًا بِهَا ، عَالِمًا بِعَجْزِهِ عَنِ اسْتِنْقَاذِهَا : لَمْ يَصِحَّ ﴾

إذا لم يعترف الأجنبى للمدعى بصحة دعواه ، فالصلح باطل ، بلا نزاع أعلمه .

و إن اعترف له بصحة الدعوى ، وكان المدعى به ديناً : لم يصح أيضاً ، على الصحيح من المذهب . ومن الأصحاب من قال : يصح .

قال فى المغنى ، والشرح : وليس بجيد .

قال ابن منجا فى شرحه : وليس بشىء .

و إن كان المدعى به عينا . فقال الأجنبى للمدعى : أنا أعلم أنك صادق ، فصالحنى عنها . فإنى قادر على استنقاذها من المنكر : صح الصلح . قاله الأصحاب .

فإن عجز عن انتزاعه : فله الفسخ ، كما قال المصنف هنا .

قال فى المغنى : ويحكى أنه إن تبين أنه لايقدر على تسليمه ، تبين أن الصلح كان فاسداً . وهذه طريقة المصنف ، والشارح ، وغيرهما فى هذه المسألة .

وقال فى الفروع : ولو صالح الأجنبى ليكون الحق له ، مع تصديقه المدعى فهو شراء دين أو مغصوب . تقدم بيانه .

وكذا قال فى الرعاية ، والحاوى ، والفائق ، وغيرهم . وهو الصواب .

والذى تقدم هو فى آخر باب السلم عند قوله « ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو فى ذمته »

قوله ﴿وَيَصِحُّ الصُّلْحُ عَنِ الْقِصَاصِ بِدِيَاتٍ ، وَبِكُلِّ مَا يُثْبِتُ مَهْرًا﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يصح بمبهم من أعيان مختلفة .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويحتمل منع صحة الصلح بأكثر منها .

قال أبو الخطاب فى الانتصار : لا يصح الصلح . لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة . فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس .

وقال فى الترغيب ، والتلخيص : يصح بما يزيد على قدر الدية . إذا قلنا : يجب القود عينا . أو اختاره الولى ، على القول بوجوب أحد شيئين .

وقيل : الاختيار يصح على غير جنس الدية . ولا يصح على جنسها إلا بعد تعيين الجنس ــ من إبل أو غنم ــ حذراً من ربا النسيئة ، وربا الفضل . انتهى .

وتابعه فى الرعاية الكبرى ، والفائق ، وجماعة .

ويأتى التنبيه على ذلك فى أوائل باب العفو عن القصاص .

وتقدم الصلح عن دية الخطأ : أنه لا يصح بأكثر منها من جنسها .

فوائد

الأولى : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم : يصح حالاً ومؤجلا . وذكره صاحب المحرر .

قلت : قال فى الرعاية الكبرى : ويصح الصلح عن القود بما يثبت مهراً ويكون حالاً فى مال القاتل .

الثانية : لو صالح عن القصاص بعبد أو غيره ، فخرج مستحقاً أو حراً : رجع

بقيمته . ولو علما كونه مستحقاً أو حراً ، أو كان مجهولاً ، كدار وشجرة .
بطلت التسمية ووجبت الدية ، أو أرش الجرح .

وإن صالح على حيوان مطلق من آدمى أو غيره : صح ووجب الوسط ، على الصحيح من المذهب . وخرج بطلانه .

الثالثة : لو صالح عن دار ونحوها بعوض . فبان العوض مستحقا : رجع بالدار ونحوها ، أو بقيمته إن كان تالفا . لأن الصلح هنا بيع حقيقة ، إذا كان الصلح عن إقرار . وإن كان عن إنكار : رجع بالدعوى .

قال فى الرعاية ، قلت : أو قيمته مع الإنكار .

وحكاه فى الفروع قولا . لأنه فيه بيع .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَ سَارِقًا ﴾

وكذا شارباً ليطلقه ، أو شاهداً ليكتم شهادته ، أو لئلا يشهد عليه ، أو ليشهد بالزور ، أو شفيعاً عن شفعته ، أو مقذوفا عن حده : لم يصح الصلح بلا نزاع .
وكذا لو صالحه بعوض عن خيار .

قوله ﴿ وَتَسْقُطُ الشُّفْعَةُ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الرعايتين : وتسقط الشفعة فى الأصح .

قال فى الحاويين : وتسقط فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقيل : لاتسقط . اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قال فى تجريد العناية : وتسقط فى وجه . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

ويأتى ذلك أيضاً فى كلام المصنف فى باب الشفعة فى الشرط الثالث .

وأما سقوط حد القذف : فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى الخلاصة ، والمحرر ، والفائق . وغيرهم .

وهما مبنيان عند أكثر الأصحاب على أن حد القذف : هل هو حق لله أوللآدمى ؟ فيه روايتان . يأتيان إن شاء الله تعالى فى كلام المصنف فى أوائل باب القذف .

فإن قلنا : هو حق لله ؛ لم يسقط ، وإلاسقط . والصحيح من المذهب : أنه حق للآدمى . فيسقط الحد هنا ، على الصحيح .

وقال فى الرعاية الكبرى : وتسقط الشفعة فى الأصح . وكذا الخلاف فى سقوط حد القذف .

وقيل : إن جعل حق آدمى سقط ، وإلا وجب .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يُجْرِىَ عَلَى أَرْضِهِ أَوْ سَطْحِهِ مَاءً مَعْلُومًا : صَحَّ ﴾

بلا نزاع أعلمه . لكن إن صالحه بعوض . فإن كان مع بقاء ملكه : فهى إجارة ، وإلا بيع .

وإن صالحه على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبيناء موضعها ، وعرضها وطولها : جاز . ولا حاجة إلى بيان عمقه . ويعلم قدر الماء بتقدير الساقية . وماء مطر : برؤية مايزول عنه الماء ومساحته . ويعتبر فيه تقدير مايجرى فيه الماء ، لاقدر المدة للحاجة كالنكاح .

فوائد

<u>الأولى</u> : إذا أراد أن يجرى ماء فى أرض غيره من غير ضرر عليه ، ولا على أرضه . لم يجز له ذلك إلا بإذن ربها ، إن لم تكن حاجة ولا ضرورة . بلا نزاع ، وإن كان مضروراً إلى ذلك : لم يجز أيضاً إلا بإذنه ، على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، وصاحب الحاوى الكبير ، والشارح : هذا أقيس وأولى . وقدمه فى الفروع .

وعنه يجوز ، ولو مع حفر . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . وقدمه فى الرعاية الكبرى : وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

فعلى الرواية الثانية : لايجوز فعل ذلك إلا للضرورة . وهو ظاهر ماقطع به فى المغنى ، والشرح ، والحاوى الكبير . وجزم به فى الفائق ، والوجيز .

وقيل : يجوز للحاجة .

وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير : إنما حكوا الروايتين فى الحاجة .

وأطلق القولين فى الفروع ، وأطلقهما ابن عقيل فى حفر بئر ، أو إجراء نهر أو قناة .

نقل أبو الصقر : إذا أساح عيناً تحت أرض ، فانتهى حفره إلى أرض لرجل أو دار : فليس له منعه من ظهر الأرض ولا بطنها إذا لم يكن عليه مضرة .

الثانية : لو كانت الأرض فى يده بإجارة ، جاز للمستأجر أن يصالح على إجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لاتجاوز مدة الإجارة . وإن لم تكن الساقية محفورة : لم تجز المصالحة على ذلك . وكذا حكم المستعير .

ولا يصح منهما الصلح على إجراء ماء المطر على سطح .

وفيه على أرض بلا ضرر احتمالان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ، والحاوى الكبير .

قلت : الصواب عدم الجواز . ثم رأيت ابن رزين فى شرحه قدمه .

وإن كانت الأرض التى فى يده وقفاً . فقال القاضى وابن عقيل : هو كالمستأجر . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقال المصنف : يجوز له حفر الساقية . لأن الأرض له ، وله التصرف فيها كيف شاء ، مالم ينقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستأجر .

قال فى الفروع : فدل أن الباب ، والخوخة والكوة ، ونحو ذلك : لايجوز فعله فى دار مؤجرة . وفى موقوفة : الخلاف ، أو يجوز قولا واحداً . وهو أولى . لأن تعليل الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ لو لم يكن مُسلَّماً لم يفد . وظاهره : لاتعتبر المصلحة وإذن الحاكم . بل عدم الضرر ، وأن إذنه يعتبر لرفع الخلاف .

ويأتى كلام ابن عقيل فى الوقف .

وفيه إذنه فيه لمصلحة المأذون الممتاز بأمر شرعى » فلمصلحة الموقوف أو الموقوف عليه أولى . وهو معنى نصه فى تجديده لمصلحة .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله عن أكثر الفقهاء فى تغيير صفات الوقف لمصلحة . كالحكورة . وعمله حكام الشام حتى صاحب الشرح فى الجامع المظفرى . وقد زاد عمر وعثمان ـ رضى الله عنهما ـ فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وغيرا بناءه . ثم عمر بن عبدالعزيز رضى الله عنه وزاد فيه أبواباً . ثم المهدى . ثم المأمون .

الثالثة : لو صالح رجلا على أن يسقى أرضه من نهر لرجل يوما أو يومين ، أو من عينه . وقدره بشىء يعلم به : لم يجز ، على الصحيح من المذهب . لأن الماء ليس بمملوك ، ولا يجوز بيعه . فلا يجوز الصلح عليه . اختاره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يجوز . وهو احتمال فى المغنى » والشرح ، ومالا إليه .

قلت : وهو الصواب . وعمل الناس عليه قديماً وحديثاً .

الرابعة : إذا صالحه على سهم من العين . أو النهر ـ كالثلث والربع ونحوهما ـ جاز . وكان بيعاً[1] للقرار ، والماء تابع له . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

---

(١) فى الأحمدية « تبعا »

قوله ﴿ وَيجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مَمرًّا فى دَارٍ وَمَوْضعًا فى حَائِطِه يَفْتَحُهُ بَابًا ، وَبُقْعَةً يَحْفرُهَا بِئْرًا ، وَعُلْوَ بَيْتٍ يَبْنِي عَلَيْهِ بُنْيَانًا مَوْصُوفًا ﴾

بلا نزاع . وقال المصنف ومن تبعه ـ فى وضع خشب أو بناء ـ يجوز إجارة ، مدة معلومة ، ويجوز صلحاً أبداً .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ البَيْتُ غَيْرَ مَبْنِيٍّ : لَمْ يَجزْ فى أَحَدِ الْوَجْهَيْن ﴾

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

أحدهما يجوز ـ أى يصح ـ إذا وصف العلو والسفل ، وهو الصحيح من المذهب

قال فى الفروع : والأصح يصح إذا كان معلوماً . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والحاوى الكبير ، وابن عبدوس فى تذكرته وغيرهم . وصححه فى التصحيح والرعاية ، وغيرهما .

والوجه الثانى : لايجوز ـ أى لايصح ـ قاله القاضى .

وتقدم التنبيه على ذلك كله فى كتاب البيع فى الشرط الثالث . فإنه داخل فى كلامه هناك على وجه العموم . وهنا مصرح به .

وبعض الأصحاب ذكر المسألة هناك . وبعضهم ذكرها هنا . وبعضهم عبر بالصلح عن ذلك ، وهو كالبيع هنا . فالنقل فيها من المكانين .

تنبيه : حيث صححنا ذلك . فمتى زال . فله إعادته مطلقا ، ويرجع بأجرة مدة زواله عنه . وفى الصلح : على زواله ، وعدم عوده .

فائدة : حكم المصالحة فى ذلك كله : حكم البيع .

لكن قال فى الفنون : فإذا فرغت المدة يحتمل أنه ليس لرب الجدار مطالبته بقلع خشبه .

قال : وهو الأشبه كإعارته لذلك ، لما فيه من الخروج عن حكم العرف . لأن العرف وضعها للأبد . فهو كإعارة الأرض للدفن .

ثم إما أن يتركه بعد المدة بحكم العرف بأجرة مثله إلى حين نفاد الخشب ، لأنه العرف فيه . كالزرع إلى حصاده ، للعرف فيه ، أو يجدد أجرة بأجرة المثل . وهى المستحقة بالداوم بلا عقد .

قوله ﴿ وَإِن حَصَلَ فى هَوائِه أَغْصَانُ شَجَرَةِ غَيْرِه فَطالَبَهُ بِإِزَالَتِهَا لَزِمَهُ . فَإِنْ أَبى فَلَهُ قَطْعُهَا ﴾ .

قال الأصحاب : له إزالتها بلا حكم حاكم .

قال فى الوجيز : فإنْ أبى لَوَاه ، إن أمكن ، وإلا فله قطعه . وكذا قال غيره .

وقيل للإمام أحمد رحمه الله : يقطعه هو ؟ قال : لا . يقول لصاحبه حتى يقطعه .

فائدة : إذا حصل فى ملكه أو هوائه أغصان شجرة : لزم المالك إزالته إذا طالبه بذلك . بلا نزاع . لكن لو امتنع من إزالته ، فهل يجبر عليه ويضمن ما تلف به ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : لا يجبر . ولا يضمن ما تلف به . وهو الصحيح . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين فى عدم الإجبار .

والثانى : يجبر على إزالته ، ويضمن ما تلف به . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقال ابن رزين : ويضمن ما تلف به ، إن أمر بإزالته ولم يفعل .

وكذا قال فى المغنى والشرح .

قوله ﴿ وَإِنْ صَالَحَهُ عَنْ ذَلِكَ بِعِوَضٍ : لَمْ يَجُزْ ﴾ .

وهو أحد الوجوه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ونهاية ابن رزين . وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقيل : يجوز .

قال المصنف فى المغنى : اللائق بمذهبنا صحته . واختاره ابن حامد ، وابن

عقيل . وجزم به فى المنور . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

وقيل : إن صالحه عن رطبه : لم يجز ، وإن كان يابساً جاز . اختاره القاضى . وجزم به فى الوجيز ، والمستوعب .

وقدم فى التلخيص عدم الجواز فى الرطبة ، لأنها تتغير . وأطلق الوجهين فى اليابسة .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاويين : وإن صالحه عن رطبة لم يجز .

وقيل فى الصلح عن غصن الشجرة : وجهان . انتهيا .

وأطلق الأوجه الثلاثة فى النظم ، والفائق .

واشترط القاضى للصحة : أن يكون الغصن معتمدا على نفس الحائط . ومنع إذا كان فى نفس الهواء . لأنه تابع للهواء المجرد .

وقال فى التبصرة : يجوز مع معرفة قدر الزيادة بالأذرع .

قوله ﴿ وَإِنِ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الثَّمَرَةَ لَهُ ، أَوْ بَيْنَهُمَا : جَازَ ، وَلَمْ يُلْزَمْ ﴾

وهو المذهب . جزم به فى الوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

قال فى الرعاية الكبرى : جاز فى الأصح .

وقيل : لا يجوز .

وقال الإمام أحمد رحمه الله ـ فى جعل الثمرة بينهما ـ لا أدرى . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح . وأطلقهما فى الفروع .

وقال المصنف : والذى يقوى عندى : أن ذلك إباحة ، لا صلح .

فائدتان

إحداهما : حكم عروق الشجرة فى غير أرض مالكها : حكم الأغصان . على

الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل عنه : حكمها حكم الأغصان إذا حصل ضرر ، و إلا فلا .

الثانية : صلح مَنْ مال حائطه ، أو زَلِق من خشبه إلى ملك غيره : كالأغصان . قاله فى الفروع .

وقال : وهو ظاهر رواية يعقوب .

وفى المبهج ـ فى باب الأطعمة ـ ثمرة غصن فى هواء طريق عام للمسلمين .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ أَنْ يُشْرَعَ إِلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ جَنَاحاً وَلا سَابَاطاً ﴾ .

وكذا لا يجوز أن يخرج دكة . وهذا المذهب مطلقاً . نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور ، ومهنا ، وغيرهم . انتهى .

وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وهو من مفردات المذهب .

وحكى عن الإمام أحمد رحمه الله جوازه بلا ضرر . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح العمدة . واختاره هو وصاحب الفائق .

فعلى المذهب فيهما وفى الميزاب ـ الآتى حكمه ـ يضمن ما تلف بهم .

و يأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر باب الغصب .

وفى سقوط نصف الضمان ، بناء على أصله : وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية فى باب الغصب .

قلت : الصواب ضمان الجميع .

ثم وجدت المصنف والشارح ـ فى كتاب الغصب ـ قالا لمن قال من أصحاب الشافعى : إنه يضمن بالنصف ، لأنه إخراج يضمن به البعض . فضمن به الكل ، لأنه المعهود فى الضمان .

وقال الحارثى : وقال الأصحاب : وبأن النصف عدوان . فأوجب كل الضمان . فظاهر ما قالوا : أنه يضمن الجميع .

فائدتان

إحداهما : لايجوز إخراج الميزاب إلى الطريق النافذ، ولا إلى درب غير نافذ إلا بإذن أهله ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد الفقهية : هو كإشراع الأجنحة عند الأصحاب . وهو كما قال . وهو من المفردات .

وفى المغنى ، والشرح احتمال بالجواز ، مع انتفاء الضرر .

وحكى رواية عن الإمام أحمد ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله فى شرح العمدة . كما تقدم .

قلت : وعليه العمل فى كل عصر ومصر .

قال فى القواعد الفقهية : اختاره طائفة من المتأخرين .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إخراج الميازيب إلى الدرب : هو السنة . واختاره . وقدمه فى النظم . فعلى هذا : لاضمان .

تنبيه : محل عدم الجواز والضمان فى الجناح والساباط والميازيب : إذا لم يأذن فيه الإمام أو نائبه .

فأما إن أذن أحدهما فيه : جاز ذلك إن لم يكن فيه ضرر ، عند جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : وجوز ذلك الأكثر بإذن الإمام . وقاله فى القواعد عن القاضى ، والأكثر .

وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، والنظم وغيرهم .

قال الحارثى : وجزم به القاضى فى المجرد ، والتعليق الكبير ، وابن عقيل فى الفصول .

وقيل : لا يجوز ، ولو أذن فيه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والفائق ، والحاويين .

وقال الحارثى ، فى باب الغصب : والمذهب المنصوص : عدم الإباحة مطلقاً ، كما تقدم فى باب الصلح . انتهى .

وقدمه فى القاعدة الثامنة والثمانين . وقال : نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور ، ومهنا ، وغيرهم . قاله القاضى فى المجرد .

قلت : بل هو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقال المجد فى شرحه ، فى كتاب الصلاة : إن كان لايضر بالمارة جاز . وهل يفتقر إلى إذن الإمام ؟ على روايتين .

الثانية : لم يذكر الأصحاب مقدار طول الجدار الذى يشرع عليه الجناح ، والميزاب والساباط ، إذا قلنا بالجواز . لكن حيث انتفى الضرر جاز .

وقال فى التلخيص ، والترغيب : يكون بحيث يمكن عبور محمل . وقدمه فى الرعاية الكبرى . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال بعض الأصحاب : يكون بحيث يمكن مرور رمح قائماً بيد فارس .

قوله ﴿ وَلاَ دُكَّاناً ﴾ .

لايجوز أن يشرع دكاناً فى طريق نافذ ، سواء أذن فيه الإمام أو لا . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى المغنى ، والشرح ، والحاوى الكبير : لا نعلم فيه خلافا . وقدمه فى الفروع .

وقيل : حكمه حكم الجناح ونحوه .

قال فى الفروع : مع أن الأصحاب لم يجوزوا حفر البئر والبناء فى ذلك لنفسه وكأنه لما فيه من الدوام . قال : ويتوجه من هذا الوجه : تخريج ـ يعنى : فى جواز حفر البئر والبناء .

وظاهر كلامه فى الرعاية الكبرى : جواز إخراج الدكان . وإن منعنا من غيره على المقدم .

فإنه قال : وليس لأحد أن يخرج إلى درب نافذ من ملكه رَوْشنا . ولا كذا، ولا كذا . وقيل : ولا دكانا .

ولعله سهو ، إن لم يكن فى النسخة غلط .

[تنبيه : ممن ذكر « الدكان » ـ كالمصنف ـ واقتصر عليه : أبو الخطاب فى الهداية والمستوعب ، وجمع كثير .

وممن ذكر « الدكة » ـ واقتصر عليها ، ولم يذكر « الدكان » ـ جماعة . منهم ابن حمدان فى الرعاية الصغرى ، وصاحب الحاوى الصغير .

وقد فسر ابن منجا « الدكان » فى كلام المصنف بالدكة .

قال فى المطلع : قال أبو السعادات « الدكان » الدكة المبنية للجلوس عليها .

وقال فى البدر المنير « الدكة » المكان المرتفع يجلس عليه . وهو المصطبة .

وجمع ابن حمدان فى الرعاية الكبرى بينهما . فقال : وليس لأحد أن يخرج إلى طريق نافذ دكة ، وقيل : ولا دكانا . انتهى . فغاير بينهما .

وقد قال الجوهرى « الدكان » الحانوت . انتهى .

فهو غير « الدكة » عنده .

وقال فى البدر المنير : و « الدكان » يطلق على الحانوت ، وعلى « الدكة » التى يقعد عليها . انتهى .

وقال فى القاموس : « الدكة » بالفتح . و « الدكان » بالضم : بناء يسطح أعلاه للمقعد . انتهى (١)]

قوله ﴿ ولاَ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِى دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، إلاَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا لا يجوز له أن يفعل ذلك فى هواء جاره إلا بإذنه .

قوله ﴿ فَإِنْ صالَحَ عَنْ ذلك بِعِوَضٍ : جَازَ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . قال فى الفروع : ويصح صلحه عن معلومه بعوض فى الأصح

(١) زيادة من هامش نسخة المصنف .

وصححه فى التصحيح ، والفائق ، والرعايتين ، والحاويين . واختاره أبو الخطاب وغيره . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

الوجه الثانى : لايجوز . اختاره القاضى . وجزم به فى نهاية ابن رزين . ورده المصنف ، والشارح . وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة .

قوله ﴿ وَإِن كَانَ ظَهْرُ دَارِهِ فِى دَرْبٍ غَيْرِ نَافِذٍ ، فَفَتَحَ فِيهِ بَابًا لِغَيْرِ الاسْتِطْرَاقِ : جَازَ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

ويحتمل أن لايجوز إلا بإذنهم . وهو لابن عقيل . واختاره بعض الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ فتحه للاسْتِطْرَاقِ : لم يجز إلاَّ بِإِذْنِهِمْ ، فى أحد الوجهين ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى التصحيح ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

قال فى الفائق : لم يجز فى أصح الوجهين .

والوجه الثانى : يجوز بغير إذنهم .

قوله ﴿ وَلَوْ أَنَّ بَابَهُ فِى آخِرِ الدَّرْبِ : مَلَكَ نَقْلَهُ إِلَى أَوَّلِهِ ﴾

يعنى : إذا لم يحصل ضرر من فتحه محاذياً لباب غيره ونحوه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

وقال فى الترغيب : وقيل لايجوز محاذياً لباب غيره .

فظاهره : أنه قدم الجواز مطلقاً . وهو ضعيف .

قوله ﴿ وَلَمْ يَمْلِكْ نَقْلَهُ إلَى دَاخِلٍ مِنْهُ ، فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، والفائق ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يجوز . قال فى الحاوى الكبير : اختاره صاحب المغنى . لكن لا يفتحه قبالة باب غيره . نص عليه .

وقال ابن أبى موسى : يجوز إن سد الباب الأول . وهو ظاهر نقل يعقوب .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يأذن له مَنْ فوقه .

فأما إن أذنوا : ارتفع الخلاف ، على الصحيح .

وقيل : لابد أيضاً من إذن من هو أسفل منه . وهو بعيد .

وحيث قلنا : بالإذن ، وأذنوا . فيكون إعارة .

قال فى الفروع : ويكون إعارة فى الأشبه . وكذا قال قبله فى الرعاية الكبرى

فوائد

إحداها : لو كان لرجل داران ، ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى وباب كل واحدة منهما إلى درب غير نافذ ، فرفع الحاجز بينهما ، وجعلهما داراً واحدة : جاز . فإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين . فقال القاضى : لا يجوز . وجزم به فى المذهب . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال فى الرعاية الكبرى : لم يجز فى الأصح .

قال فى الصغرى : جاز فى وجه . وقيل : يجوز .

قال المصنف : الأشبه الجواز .

قلت : وهو الصواب .

قال فى النظم: وهو الأقوى . وجزم به فى المنور . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والحاويين .

الثانية : الصحيح من المذهب : أن الجار يُمنع من التصرف فى ملكه بما يضر بجاره ، كحفر كنيف إلى جنب حائط جاره ، و بناء حمام إلى جنب داره يتأذى بذلك ، ونصب تنور يتأذى باستدامة دخانه ، وعمل دكان قصارة ، أوحدادة ، يتأذى بكثرة دقه ، أو رحى ، أو حفر بئر ينقطع به ماء بئراً جاره ، ونحو ذلك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع وغيرهم .

فإن حفر بئراً فى ملكه ، فانقطع ماء بئر جاره : أمر بسدها ، ليعود ماء البئر الأولة . على الصحيح .

فإن لم يعد كلف صاحب البئر الأولة حفر البئر التى سدت لأجله من ماله .

وعنه لا يكلف سد بئره ، ولو انقطع ماء بئر جاره .

قال القاضى : فيخرج فى المسائل التى قبلها — من الحمام ، والتنور ، ودكان القصارة ، والحدادة ونحوها — روايتين .

قال ابن رزين : رواية عدم المنع فى الجميع أقيس .

وقال فى التلخيص — فى باب إحياء الموات — يمنع من ذلك .

ثم قال : وفيه رواية أخرى : لايمنع من ذلك .

اختاره أبو بكر . ذكره أبو إسحاق فى تعاليقه عنه .

وأطلق الروايتين فى الجميع فى الفائق .

الثالثة : لو ادعى أن بئره فسدت من خلاء جاره ، أو بالوعته : طرح فى الخلاء أو البالوعة نفط . فإن لم يظهر طعم النفط ولا رائحته فى البئر : علم أن فسادها بغير ذلك . و إن ظهر طعمه أو رائحته فيها : كلف صاحب الخلاء والبالوعة نقل ذلك ، إن لم يمكن إصلاحها .

هذا إذا كانت البئر أقدم منهما .

وعلى الرواية الأخرى : لايلزم مالك الخلاء والبالوعة تغيير ما عمله فى ملكه بحال . قاله فى الحاويين وغيره .

الرابعة : ليس له منعه من تعلية داره ، فى ظاهر ماذكره المصنف فى المغنى . ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى الفروع : ويتوجه من قول الإمام أحمد رحمه الله « لاضرر ولا ضرار » منعه .

قلت : وهو الصواب .

وقال الشيخ تقى الدين : ليس له منعه ، خوفاً من نقص أجرة ملكه بلا نزاع .

وقد قال فى الفنون : من أحدث فى داره دباغ الجلود ، أو عمل الصحناء : يحتمل المنع .

وقال ابن عقيل أيضاً : لايجوز أن يحدث فى ملكه قناة تَنِزُّ إلى حيطان الناس . انتهى .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ فِى حَائِطِ جَارِهِ ، وَلاَ الْحَائِطِ الْمُشْتَرَكِ رَوْزَنَةً ، وَلاَ طَاقاً إلاَّ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ ﴾

يحرم عليه التصرف فى ذلك حتى بضرب وتد ، ولا يحدث سترة .

قال فى الفروع : ذكره جماعة .

وحمل القاضى قول الإمام أحمد رحمه الله « يلزم الشريك النفقة مع شريكه على السترة » على سترة قديمة انهدمت .

واختار فى المستوعب وجوبها مطلقا على نصه . فقال : وعندى أن السترة واجبة على كل حال على مانص عليه من وجوبها .

فائدة : يلزم للأعلى بناء سترة تمنع مشارفة الأسفل ، على الصحيح من

المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونقله ابن منصور . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يشاركه الأسفل .

وأما إذا تساويا ، فإن الممتنع يلزم بالمشاركة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ وَضْعُ خَشَبِهِ عَلَيْهِ ﴾ يعنى على حائط جاره ، أو الحائط المشترك .

﴿ إلاَّ عِنْدَ الضَرُورَةِ ، بِأَنْ لاَ يُمْكِنَهُ التَسْقِيفُ إلاَّ بِهِ ﴾

إذا أراد أن يضع خشبه على جدار جاره ، أو الجدار المشترك ، فلا يخلو : إما أن يتضرر الحائط بذلك أولا . فإن تضرر بذلك : منع بلا نزاع .

و إن لم يتضرر فلا يخلو : إما أن يكون صاحب الخشب مستغنياً عن ذلك ، لإمكانه وضعه على غيره أولا . فإن كان مستغنياً عن وضعه ، وأراد وضعه عليه : منع منه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال المصنف ، والشارح : عليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وصححه فى الرعاية ، وغيرها . وجزم به فى الهداية . والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال ابن عقيل : يجوز .

وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الجواز . وكذا صاحب المحرر وغيره .

و إن لم يكن مستغنياً ، ودعت الضرورة إلى ذلك عند الأكثر ـ وفى المغنى ، والشرح : ودعت الحاجة إلى ذلك ـ فالصحيح من المذهب : له وضعه عليه . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وهو من المفردات .

فعلى هذا : لايجوز لرب الجدار منعه ، و إن منعه أجبره الحاكم .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله على عدم اعتبار إذنه فى الوضع . ولو صالحه عنه بشىء جاز .

قال فى الرعاية : جاز فى الأصح . انتهى .

وقيل : لايجوز له وضعه بغير إذنه .

وخرجه أبو الخطاب من رواية المنع من وضعه على جدار المسجد . وهو قول المصنف .

وهذا تنبيه على أنه لايضعه على جدار جاره . لأن له فى المسجد حقاً .

وحق الله مبنى على المساهلة . وكذا قال فى الهداية ، والمستوعب ، والحاويين .

فائدة : ذكر أكثر الأصحاب الضرورة ، مثل أن يكون للجار ثلاثة جدر ، وله جدار واحد . منهم القاضى . وابن عقيل . وجزم به فى المستوعب . والرعاية .

وقال المصنف ، والشارح : وليس هذا فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ، إنما قال فى رواية أبى داود « لايمنعه إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يبقى » ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين ، إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسعاً يحتاج أن يجعل فيه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر .

قال المصنف : والأولى اعتباره بما ذكرنا ، من امتناع التسقيف بدونه . ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والعاقل والمجنون .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَعَنْهُ لَيْسَ لَهُ وضْعُ خشبهِ على جِدَارِ المسْجِدِ ﴾ أن المقدم : جواز وضعه عليه . وهو ظاهر ماقدمه فى الحاويين . وهو إحدى الروايتين أو الوجهين . وهو المذهب عند ابن منجا فى شرحه . وجزم به فى المنور . وهو احتمال فى المذهب .

والرواية الأخرى : ليس له وضعه على جدار المسجد ، وإن جاز وضعه على جدار غيره . وهى التى ذكرها المصنف هنا . واختارها أبو بكر . وأبو محمد الجوزى .

وصححه فى الرعايتين . وجزم به فى الخلاصة . وقدمه فى المذهب . وأطلقهما فى التلخيص ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والـكافى .

فوائد

إحداها : لو كان له حق ماء يجرى على سطح جاره : لم يجز له تعلية سطحه ليمنع الماء . ذكره ابن عقيل ، وغيره . وليس له تعليته لـكثرة ضرره .

الثانية : يجوز له الاستناد إلى حائط جاره و إسناد قماشه إليه .

وذكر فى النهاية فى منعه احتمالين .

وله الجلوس فى ظله ، ونظره فى ضوء سراجه .

ونقل المروذى : يستأذنه أعجب إلى . فإن منعه حاكمه .

ونقل جعفر قيل له : أيضعه ، ولا يستأذنه ؟ قال : نعم ، إيش يستأذنه ؟!

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : العين والمنفعة التى لا قيمة لها عادة : لا يصح أن يرد عليها عقد بيع وإجارة اتفاقاً ، كمسألتنا .

الثالثة : لو ملك وضع خشبه على حائط . فزال لسقوطه ، أو قلعه ، أو سقوط الحائط ، ثم أعيد . فله إعادة خشبه إن حصل له ضرر بتركه ولم يخش على الحائط من وضعه عليه ، و إن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه : لزمه إزالته .

الرابعة : لو كان له وضع خشبه على جدار غيره : لم يملك إجارته ، ولا إعارته . ولا يملك أيضاً بيعه ، ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره .

ولو أراد صاحب الحائط إعارته أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه : لم يملك ذلك . فيعايى بها .

ولو أراد هدم الحائط من غير حاجةٍ : لم يملك ذلك .

الخامسة : لو أذن صاحب الحائط لجاره فى البناء على حائطه ، أو وضع سترة عليه ، أو وضع خشبه عليه فى الموضع الذى يستحق وضعه : جاز . وصارت عارية لازمة ، يأتى حكمها فى باب العارية .

وإن أذن فى ذلك بأجرة : جاز ، سواء كانت إجارة أو صلحاً على وضعه على التأبيد . ومتى زال فله إعادته .

ويشترط معرفة البناء والعرض والطول والسمك والآلات .

السادسة : لو وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك ، أو حائط جاره ، ولم يعلم سببه . فمتى زال فله إعادته .

وكذا لو وجد مسيل ماء يجرى فى أرض غيره ، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبهه . فإن اختلفا ، فالقول قول صاحب الخشب ونحوه .

قوله ﴿ وَإِنْ كانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَانْهَدَمَ . فَطَالَبَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِبِنَائِهِ مَعَهُ : أُجْبِرَ عَلَيه ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . ونص عليه فى رواية ابن القاسم ، وحرب ، وسندى وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره أصحابنا .

قال ابن عقيل : عليه أصحابنا .

قال القاضى : هذا أصح .

قال فى الرعاية الكبرى : لزم الآخر على الأصح .

قال فى الحاويين ، والفائق ، وغيرهم : أجبر ، فى أصح الروايتين .

قال ابن رزين : اختاره أكثر الأشياخ .

قال فى القواعد الفقهية : هذا المذهب . نص عليه فى رواية جماعة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى ، المحرر ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

وهو من المفردات .

وعنه لا يجبر . اختاره المصنف ، والشارح . وقالا : هوأقوى فى النظر .

واختاره أبو محمد الجوزى أيضاً .

قال ابن رزين فى شرحه : وهو أظهر ، كبناء حائط بين ملسكيهما .

فعلى الرواية الثانية : قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لو بناه ، ثم أراد نقضه ، فإن كان بناه بآلته : لم يكن له ذلك . و إن كان بناه من عنده : فله نقضه .

فإن قال الشريك : أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه : لم يجبر على ذلك .

و إن أراد غير البانى نقضه ، أو إجبار بانيه على نقضه : لم يـكن له ذلك ، على كلا الروايتين . انتهيا .

و يأتى الحكم إذا قلنا : يجبر ، فى آخر المسألة .

وعلى الرواية الثانية أيضاً : ليس له منعه من بنائه .

لـكن إن بناه بآلته فهو بينهما . وليس له منعه من الانتفاع به قبل أن يعطيه نصف قيمة عمله ، على الصحيح . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ليس له منعه من الانتفاع فى الأشهر . كما ليس له نقضه .

قال فى الكافى : عاد بينهما ، كما كان برسومه وحقوقه . لأنه عاد بعينه . وهو ظاهر ما جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح .

قال فى القاعدة السادسة والسبعين : هو قول القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والأكثرين . وقدمه فى النهاية ، والتلخيص ، والرعايتين .

وقيل : له منعه من الانتفاع حتى يعطيه نصف قيمة العمل . جزم به فى المستوعب ، والمحرر ، والحاويين . وهو ظاهر ما قدمه فى الفائق . وهو ظاهر كلام ابن أبى موسى ، والقاضى فى خلافه .

وحكاه فى التلخيص عن بعض متأخرى الأصحاب .

قال ابن منجا فى شرحه : وفيما ذكره الأصحاب ــ من عدم منعه من الانتفاع به قبل أن يعطيه نصف قيمة عمله ــ نظر . بل ينبغى أن الثانى يملك منع شريكه

من التصرف فيه ، حتى يؤدى ما يخصه من الغرامة الواقعة بأجرة المثل . لأنه لو لم يكن كذلك لأدى إلى ضياع حق الشريك . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

قال فى الوجيز : وإذا بنى أحدهما الحائط بأنقاضه ، فهو بينهما ، إن أدى الآخر نصف قيمة التالف .

قوله على الرواية الثانية ﴿ وَإِنْ بَنَاهُ بِآلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ فَهُوَ لَهُ ﴾ .

ولا يحتاج إلى إذن حاكم فى بنائه . صرح به القاضى فى خلافه . وقدمه فى القواعد .

واعتبر فى المجرد إذن الحاكم . ونص الإمام أحمد رحمه الله على أنه يشهد على ذلك ﴿ وَلَيْسَ لِلآخَرِ الانْتِفَاعُ به ﴾ فله منع شريكه من الانتفاع به ، ومن وضع خشبه ورسومه حتى يدفع مايجب عليه .

صرح بذلك فى المغنى ، والشرح ، والقواعد .

قال فى الفائق : اختص به وبنفعه دون أرضه .

قال فى الحاويين : ملكه البانى خاصة ، وليس لشريكه الانتفاع به .

فإن كان لغير البانى عليه رسم طرح أخشاب ، فالبانى مخير بين أن يمكنه من وضع أخشابه ، ويأخذ منه نصف قيمة الحائط . وبين أن يأخذ بناءه ليعيد البناء بينهما . أو يشتركان فى الطرح .

وقال فى الفروع : وإن بناه بغيرها ، فله منعه من غير رسم طرح خشب .

فظاهر كلامه : عدم المنع من الرسوم .

وقد صرح المصنف وغيره بالمنع .

والظاهر : أن مراد صاحب الفروع بالجواز : إذا كان له حق فى ذلك ، وأراد الانتفاع بعد بنائه .

وقد صرح المصنف ، والشارح — بعد كلامهما الأول — بقريب من ذلك .

فقالا : فإن كان على الحائط رسم انتفاع ، أو وضع خشب ، قال له : إما أن تأخذ منى نصف قيمته . أو تمكننى من انتفاعى ، وإما أن تقلع حائطك لنعيد البناء بيننا . فيلزم الآخر إجابته . لأنه لا يملك إبطال رسومه وانتفاعه ببنائه . انتهيا . وكذا قال غيرهما .

فائدة : قال فى القاعدة السادسة والسبعين : فإن قيل : فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبه على جداره . فكيف منعتم هنا ؟ .

قلنا : إنما منعنا هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً . سواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن . وأما التمكين من الوضع للارتفاق : فذلك مسألة أخرى . وأكثر الأصحاب يشترطون فيها الحاجة أو الضرورة ، على ماتقدم .

قوله ﴿ فَإِنْ طَلَبَ ذَلِكَ ﴾ يعنى : الشريك الذى لم يبن : الانتفاع ﴿ خُيِّرَ الْبَانِى بَيْنَ أَخْذِ نِصْفِ قِيمَتِهِ مِنْهُ ، وَبَيْنَ أَخْذِ آلَتِهِ ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن لو اختار الأخذ ، فالصحيح من المذهب : أنه يأخذ نصف قيمة بنائه . جزم به فى الوجيز ، والحاويين ، والمغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وعنه يدفع مايخصه كغرامة . لأنه نائبه معنى . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

فوائد

إحداها : إذا قلنا : يجبر على بنائه معه ، وهو المذهب ، وامتنع : أجبره الحاكم على ذلك . فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه . فإن لم يكن له عين مال باع من عروضه . فإن تعذر اقترض عليه .

وإن عمره شريكه بإذنه أو إذن حاكم رجع عليه . وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه .

وما أنفق ، إن تبرع به : لم يكن له الرجوع .

وإن نوى الرجوع به . فهل له الرجوع ؟ .

قال فى الشرح : يحتمل وجهين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه . انتهى .

قال فى الفروع : وفيه ـ بنية رجوعه على الأول ـ : الخلاف .

وإن بناه لنفسه بآلته ،فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة .

فإن أراد نقضه فله ذلك ، إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته . فلا يكون له نقضه .

الثانية : يجبر الشريك على العمارة مع شريكه فى الأملاك المشتركة ، على الصحيح من المذهب ، والروايتين . قاله فى الرعاية وغيرها . وعنه لا يجبر .

الثالثة : لو استهدم جدارهما ، أو خيف ضرره نقضاه . فإن أبى أحدهما أجبره الحاكم . فإن تعذر ضمن ماتلف به إذا أشهد على شريكه . وإلا فلا .

وقيل : بلى ، إن تقدم إليه بنقضه . وأيهما هدمه إذنْ بغير إذن صاحبه فهدر .

وقيل : يلزمه إعادته على صفته ، كما لو هدمه من غير حاجة إلى هدمه . واختاره ابن البنا .

ويأتى ذلك فى أواخر الغصب . فى كلام المصنف . ونبين الراجح فى المذهب هناك .

الرابعة : لو أراد بناء حائط بين ملكيهما : لم يجبر الممتنع منهما . ويبنى الطالب فى ملكه إن شاء . رواية واحدة . قاله المصنف ومن تابعه .

وقال فى الفائق : ولم يفرق بعض الأصحاب . اختاره شيخنا . يعنى به الشيخ تقي الدين رحمه الله .

الخامسة : لو اتفقا على بناء حائط مشترك بينهما نصفين ، على أن ثلثه لواحد وثلثيه لآخر : لم يصح .

وإن اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ماشاء : لم يصح لجهالته . وإن

وصفا الحمل ؛ ففى الصحة وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

قال فى المغنى ، والشرح : وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين : صح .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَهْرٌ ، أو بئرٌ ، أو دُولابٌ ، أَوْ نَاعُورَةٌ ، أَوْ قَنَاةٌ ، وَاحْتَاجَ إِلَى عِمَارَةٍ . فَفِى إِجْبَارِ الْمُمْتَنِعِ : روايتان ﴾ .

إحداهما : يجبر . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى التصحيح ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

الثانية : لايجبر .

واعلم أن الحكم هنا والخلاف كالخلاف فى الحائط المشترك إذا انهدم ، على ماتقدم ، نقلا ومذهباً وتفصيلا . قاله أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، والمصنف ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال ابن أبى موسى : يجبر هنا قولا واحداً . وحكى الروايتين فى الحائط .

قال فى القواعد : والفرق أن الحائط يمكن قسمته ، بخلاف القناة والبئر .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا مَنْعُ صَاحِبِهِ من عِمَارَتِهِ ﴾

بلا نزاع .

قوله ﴿ فإذا عَمَّرَهُ فَالْمَاءُ بَيْنَهُمَا عَلَى الشَّرِكَةِ ﴾ .

هذا المذهب . لأن الماء باقٍ على ما كان عليه من الملك والإباحة . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، والشرح، وصاحب التلخيص ، والفروع ، وغيرهم . وفى الخلاف الكبير للقاضى ، والتمام لأبى الحسين : له المنع من الانتفاع بالقناة .

قال فى القواعد : ويشهد له نص الإمام أحمد رحمه الله بالمنع من سكنى السفل

إذا بناه صاحب العلو . ومنع الشريك من الانتفاع بالحائط إذا أعيد بآلته العتيقة .

قلت : وهو الصواب .

فوائد

الأولى : لو اتفقا على بناء حائط بستان ، فبنى أحدهما . فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر : يضمنه الذى أهمل . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

الثانية : لو كان السفل لواحد والعلو لآخر ، فالسقف بينهما ، لا لصاحب العلو . على الصحيح من المذهب .

والإجبار — إذا انهدم السقف — كما تقدم فى الحائط الذى بينهما إذا انهدم .

ولو انهدم الجميع ، فلرب العلو إجبار صاحب السفل على بنائه . على الصحيح من المذهب .

قال فى البلغة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والفائق : أجبر فى أصح الروايتين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الحاويين . وقدمه ابن رزين ، والقواعد .

وعنه لايجبر . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

فعلى المذهب : هل ينفرد صاحب السفل ببناء السفل ، أو يشركه فيه صاحب العلو ، و يجبر عليه إذا طلبه صاحب السفل ؟ فيه روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والتلخيص ، والفائق ، والقواعد .

إحداهما : ينفرد صاحب السفل بالبناء إلى حده . و ينفرد صاحب العلو ببنائه . وهو المذهب . قدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

والثانية : يشركه صاحب العلو فيما يحمله منه . و يجبر عليه إذا امتنع .

وعلى الثانية : فى أصل المسألة — وهو أنه لايجبر — لصاحب العلو بناء السفل ، وفى منعه السكنى : ماسلف من الخلاف فيما إذا كان بينهما حائط .

الثالثة : لو كان بينهما طبقة ثالثة ، فهل يشترك الثلاثة فى بناء السفل ، والاثنان فى بناء الوسط ؟ فيه الروايتان المتقدمتان حكما ومذهباً .

وكذا الطبقة الرابعة فأكثر . وصاحب الوسط مع من فوقه كمن تحته معه .

قال فى الفروع : إذا كانوا ثلاث طباق . فإن بنى رب العلو ، ففى منع رب السفل الانتفاع بالعرصة قبل أخذ القيمة : احتمالان .

قلت : الأولى : المنع . والله أعلم .

وهو ظاهر ماقطع به فى الرعاية الكبرى .

كتاب الحجر

فائدتان

إحداهما : « حجر الفلس » عبارة عن منع الحاكم من عليه دين حالٌّ يعجز عنه ماله الموجود مدة الحجر من التصرف فيه .

الثانية قوله ﴿ وَهُو عَلَى ضَرْبَيْنِ : حَجْرٌ لحَقِّ الغَير ﴾

وحجر لحظ نفسه .

فالحجر لحق الغير : كالحجر على المفلس ، والمريض بما زاد على الثلث ، والعبد . والمكاتب ، والمشترى إذا كان الثمن فى البلد ، على ما تقدم فى كلام المصنف فى آخر فصل خيار التولية .

والمشترى بعد طلب شفيع . والمرتد يحجر عليه لحق المسلمين ، والراهن والزوجة بما زاد على الثلث فى التبرع . على مايأتى فى الباب .

والحجر لحظ نفسه : كالحجر على الصغير والمجنون ، والسفيه .

فهذه عشرة أسباب للحجر .

وقال فى الفروع : ولا يحجر حاكم على مقتر على نفسه وعياله .

واختار الأزجى : بلى . فيكون هذا سبباً آخر ، على قوله .

تنبيه : قوله ﴿ فَإنْ أرادَ سفراً يَحِلُّ الدَّيْنَ قبلَ مُدَّتِهِ : فَلِغَرِيمِهِ مَنْعُهُ ، إلاَّ أنْ يُوثِّقَه بِرَهْنٍ ، أوْ كَفِيلٍ ﴾ .

بلا نزاع . لكن من شرط الكفيل : أن يكون مليئاً . ذكره الأصحاب . وهو واضح .

قوله ﴿ وَإنْ كَانَ لاَ يَحِلُّ قَبلَهُ : فَفِي مَنْعِهِ رِوَايَتَانِ ﴾

وأطلقهما فى المغنى ، وخصال ابن البنا ، والشرح ، والفائق ، والحاوى ، والزركشى ، وغيرهم .

إحداهما : له منعه . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : فله منعه على الأصح . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى البلغة ، والوجيز ، والمنور . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المحرر .

قال فى المذهب : منع فى ظاهر المذهب .

والثانية : ليس له منعه . وهو ظاهر كلام الخرقى ، والعمدة . واختاره القاضى . وقدمه فى الخلاصة ، والهداية ، والتلخيص ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الروايتين فى السفر ، سواء كان مخوفاً أو غير مخوف . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والكافى ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . ولعله الصواب .

ومحلهما ـ عند صاحب الفروع ـ إذا كان السفر مخوفاً . كالجهاد ونحوه . وحكى فى السفر غير المخوف وجهين .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : فإن أراد سفراً مدة قبل أجل الدين ، جاز كالجهاد .

وأدخل صاحب الواضح فى السفر المخوف : الحج .

ومحلهما عند المصنف فى المغنى ، وابن البنا ، وصاحب التلخيص ، والبلغة ،

والمحرر ، والنظم ، والشرح ، والحاوى الكبير ، والفائق ، والزركشى : فى غير الجهاد .

فأما فى الجهاد : فيمنع ، حتى يوثقه برهن أو ضمين ، على رواية واحدة .

وظاهر كلامه فى الرعاية الكبرى : أن محل الخلاف فى غير الجهاد . وأن الجهاد لايمنع منه قولاً واحداً . لأنه قال : ومن عليه دين مؤجل ، فله السفر دون أجله .

وعنه لايسافر غير مجاهد ، حتى يأتى برهن أو ضمين .

وتقدم كلامه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . فإن ظاهره كذلك .

فلعلهما أرادا إذا تعين عليه ، وإلا فبعيد .

وقد تقدم فى أول كتاب الجهاد : أنه لايجاهد من عليه دين لا وفاء له إلا بإذن غريمه . على الصحيح . وذكرنا هناك الخلاف ، وأن لنا قولا : لايستأذنه فى الجهاد إذا كان الدين مؤجلاً ، وقولا : إذا كان المديون جندياً موثوقاً به لايستأذنه . ويستأذنه غيره .

ومحلهما ـ عند المصنف أيضاً . والشارح ، وجماعة ـ : إذا كان السفر طويلا . لأنهم عللوا رواية عدم المنع . فقالوا : لأن هذا السفر ليس بأمارة على منع الحق فى محله . فلم يملك منعه منه . كالسفر القصير . ولعله أولى .

فهذه ست طرق فى محل الخلاف .

فائدتان

إحداهما : اختار الشيخ تقى الدين رحمه الله أن من أراد سفراً ، وهو عاجز عن وفاء دينه : أن لغريمه منعه حتى يقيم كفيلا ببدنه .

قال فى الفروع : وهو متجه .

قلت : من قواعد المذهب : أن العاجز عن وفاء دينه ، إذا كان له حرفة : يلزم بإيجار نفسه لقضاء الدين . فلا يبعد أن يمنع ليعمل .

الثانية : لو طلب منه دين حال يقدر على وفائه ، فسافر قبل وفائه : لم يجز له أن يترخص ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يجوز .

وإن لم يطلب منه الدين الحال ، أو يحل فى سفره ، فقيل : له القصر والترخص ، لئلا يحبس قبل ظلمه ، كحبس الحاكم .

وقيل : لايجوز له ذلك إلا أن يوكل فى قضائه ، لئلا يمنع به واجباً .

ذكر هذين الوجهين ابن عقيل . وأطلقهما فى القاعدة الثالثة والخمسين . وأطلقهما ابن تميم فى باب قصر الصلاة . وكذا ابن حمدان .

وقيل : إن سافر وكيل فى القضاء : لم يترخص .

قلت : يحتمل أن يبنى الخلاف هنا على الخلاف فى وجوب الدفع قبل الطلب وعدمه ، على ماتقدم فى آخر باب القرض .

والمذهب : لايجب قبل الطلب . فله القصر . وأطلقهن فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ حَالاً ، وَلَهُ مَالٌ يَفِي بِهِ : لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ . وَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ بِوَفَائِهِ . فَإِنْ أَبَى حَبَسَهُ ﴾

القول بالحبس : اختاره جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وعليه العمل . وهو الصواب . ولا تخلص الحقوق فى هذه الأزمنة غالباً إلا به ، وبما هو أشد منه .

وقال ابن هبيرة فى الإفصاح : أول من حبس على الدين : شُريح القاضى . ومضت السنة فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ، وأبى بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلى رضى الله عنهم : أنه لايحبس على الديون ، لكن يتلازم الخصمان .

وأما الحبس الآن على الدين : فلا أعلم أنه يجوز عند أحد من المسلمين .

وتكلم على ذلك وأطال . ذكره فى الفروع والطبقات .

فائدة : إذا حبس فليس للحاكم إخراجه حتى يتبين له أمره ، أو يبرئه غريمه أو يرضى بإخراجه .

فإذا تبين أمره : لم يسع الحاكم حبسه ، ولو لم يرض غريمه . لأنه ظلم محض .

قوله ﴿ فَإِنْ أَصَرَّ : بَاعَ مَالَهُ . وَقَضَى دَيْنَهُ ﴾

إذا أصر على الحبس ، فقال المصنف هنا : يبيع الحاكم ماله . ويقضى دينه ، من غير ضرب .

قال فى الفائق : أبى الضربَ الأكثرون .

وقال جماعة من الأصحاب : إذا أصر على الحبس ، وصبر عليه : ضربه الحاكم نقله حنبل . ذكره عنه فى المنتخب وغيره .

قال فى الفصول وغيره : يحبسه . فإن أبى عزره .

قال : ويكرر حبسه وتعزيره حتى يقضيه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : نص عليه الأئمة من أصحاب الإمام أحمد رحمه الله وغيرهم . ولا أعلم فيه نزاعاً ، لكن لا يزاد فى كل يوم على أكثر التعزير ، إن قيل بتقديره . انتهى .

فائدتان

إحداهما : متى باع الحاكم عليه . فقال فى الفروع : ذكر جماعة أنه يحبس . فإن لم يقضه باع الحاكم وقضاه .

فظاهره : يجب على الحاكم بيعه .

نقل حنبل : إذا تقاعد بحقوق الناس : يباع عليه ، ويقضى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يلزمه أن يبيع عليه .

وقال أيضاً : من طولب بأداء حق عليه ، فطلب إمهالا : أمهل بقدر ذلك اتفاقاً . لكن إن خاف غريمه منه : احتاط عليه بملازمة ، أو كفيل ، أو ترسيم عليه .

الثانية : لو مطل غريمه حتى أحوجه إلى الشكاية ، فما غرمه بسبب ذلك يلزم المماطل . جزم به فى الفروع . وقاله الشيخ تقى الدين رحمه الله أيضاً .

قلت : ونظير ذلك : ماذكره المصنف والأصحاب فى باب استيفاء القصاص فى أثناء فصل « ولا يستوفى القصاص إلا بحضرة السلطان » .

ثم قال : وإلا أمر بالتوكيل . وإن احتاج إلى أجرة فمن مال الجانى . وكذا أجرة القطع فى السرقة على السارق .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ فى باب من الدعاوى ـ : وإن أحضر المدعى به ، ولم يثبت للمدعى : لزمه مؤنة إحضاره ورده ، وإلا لزما المنكر .

وتقدم كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الضمان : إذا تغيب المضمون عنه حتى غرم الضامن شيئاً بسببه ، أو أنفقه فى الحبس : أنه يرجع به على المضمون عنه .

وقال أيضاً : لو غرم بسبب كذب عليه عند ولىِّ الأمر : رجع به على الكاذب ذكره عنه فى الفروع فى أوائل الفصل الأول من كتاب الغصب .

قوله ﴿ وَإِن ادَّعَى الإِعْسَارَ ، وَكَانَ دَيْنُهُ عَنْ عِوَضٍ ـ كَالْبَيْعِ وَالْقَرْضِ ـ أَوْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ سَابِقٌ : حُبِسَ ، إلاَّ أَنْ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى نَفَادِ مَالِهِ ، أَوْ إِعْسَارِهِ . وَهَلْ يَحْلِفُ مَعَهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

إذا ادعى الإعسار ، فلا يخلو : إما أن يكون دينه عن عوض ، أو يعرف له مال سابق ، أو غير ذلك .

فإن كان دينه عن عوض ، كالبيع والقرض ونحوهما . والغالب بقاؤه . أو عن غير مال ـ كالضمان ونحوه ـ وأقر أنه ملىء . أو عرف له مال سابق : لم يقبل قوله إلا ببينة .

ثم إن البينة لاتخلو : إما أن تشهد بنفاد ماله ، أو إعساره . فإن شهدت بنفاد ماله أو تلفه : حلف معها . على الصحيح من المذهب : أن لامال له فى الباطن .

قال فى الفروع ، والرعاية الكبرى : ويحلف معها على الأصح .

قال فى الفائق : حلف معها . فى أصح الوجهين . وجزم به فى الكافى ،

والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والمنور . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

والوجه الثانى : لا يحلف مع بينة هنا .

وإن شهدت بإعساره فلا بُدَّ أن تكون البينة ممن يخبر باطن حاله . لأنها شهادة على نفى . قبلت للحاجة . ولا يحلف معها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الرعاية الكبرى ، والفروع : ولم يحلف معها ، على الأصح . لئلا يكون مكذباً لبينته . وجزم به فى الكافى ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق . وقدمه فى التلخيص ، والشرح .

والوجه الثانى : يحلف معها .

وذكر ابن أبى موسى ، عن بعض الأصحاب : أنه يحلف مع بينته : أنه معسر . لأنها تشهد بالظاهر .

فوائد

إحداها : يكتفى فى البينة أن تشهد بالتلف ، أو بالإعسار ، على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا المحقق . وفاقاً للمجد وغيره .

قلت : وجزم به المصنف ، وصاحب الفروع .

وجزم فى التلخيص : أنه لا يكتفى فى الشهادة بالإعسار ، بل لابد من الشهادة بالتلف والإعسار معاً .

وكذا قال فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، فإنهم قالوا : نشهد بذهابه وإعساره ، لا أنه لا يملك شيئاً .

الثانية : تسمع بينة إعساره ونحوها قبل حبسه وبعده ، ولو بيوم . قاله الأصحاب .

الثالثة : إذا لم يكن لمدعى الإعسار بينة ـ والحالة ما تقدم ـ كان القول قول غريمه مع يمينه : أنه لايعلم عسرته بدينه . وكان له حبسه وملازمته . قاله فى الكافى والتلخيص ، والزركشى ، وغيرهم .

وقال فى الترغيب : إن حلف أنه قادر : حبسه . و إلا حلف المنكر عليهما . وخلى .

ونقل حنبل : يحبس إن علم له مايقضى .

وفى المستوعب : إن عرف بمال ، أو أقر أنه ملىء به ، وحلف غريمه أنه لا يعلم عسرته : حبس .

وفى الرعاية : يحلف أنه موسر بدينه ، ولا يعلم إعساره به .

وفى المغنى ، والشرح : إذا حلف أنه ذو مال : حبس .

وقال فى الفروع : وظاهر كلام جماعة : أنه لا يحلف إلا أن يدعى المديون تلفاً أو إعساراً ، أو يسأل سؤاله . فتكون دعوى مستقلة . فإن كان له ببقاء ماله أو قدرته : بينة . فلا كلام . و إلا فيمين صاحب الحق بحسب جواب المديون كسائر الدعاوى .

قال فى الفروع : وهذا أظهر . وهو مرادهم . لأنه ادعى الإعسار ، وأنه يعلم ذلك ، وأنكره . انتهى .

وحيث قلنا : يحلف صاحب الحق وأبى : حلف الآخر وخلى سبيله .

الرابعة : يكتفى فى البينة هنا باثنين . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه لا يكفى أقل من ثلاثة . كمن يريد أخذ الزكاة ، وكان معروفاً بالغنى ، وادعى الفقر . على ماتقدم فى أواخر باب ذكر أهل الزكاة .

قوله ﴿ فإنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ : حَلَفَ وَخُلِّىَ سَبِيلُهُ ﴾ .

أى و إن ادعى الإعسار ، ولم يعرف له مال سابق ، ودينه عن غير عوض ،

لم يقر بالملاءة به ، أو عرف له مال سابق والغالب ذهابه . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشي : هذا المعروف فى المذهب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال فى الترغيب : يحبس إلى ظهور إعساره .

وقال فى البلغة : يحبس إلى أن يثبت إعساره .

وظاهر كلام الخرقى : أن حكمه حكم من عرف بمال ، أو كان دينه عن عوض . كما تقدم .

فائدتان

إحداهما : لو قامت بينة للمفلس بمال معين ، فأنكر ، ولم يقر به لأحد . أو قال « هو لزيد » فكذبه زيد : قضى دين المفلس منه .

وإن صدقه زيد ، فهل يقضى دين المفلس منه ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يقضى منه . ويكون لزيد مع يمينه . لاحتمال التواطؤ . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين ، والنظم .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن أقر أنه لزيد مضاربة . قُبل قوله مع يمينه إن صدقه زيد ، أو كان غائباً .

والثانى : يقضى منه دينه .

وعلى الوجهين : لا يثبت الملك للمدين . لأنه لا يدعيه .

قال فى الفروع : فظاهر هذا : أن البينة هنا لا يعتبر لها تقدم دعوى .

وإن كان للمقر له المصدق بينة . قدمت لإقرار رب اليد .

وفى المنتخب : بينة المدعى . لأنها خارجة .

الثانية : يحرم على المعسر أن يحلف أنه لاحق عليه ويتأول . نص عليه . جزم به فى الفروع وغيره .

قلت : لو قيل بجوازه . إذا تحقق ظلم رب الحق له وحبسه ومنعه من القيام على عياله : لكان له وجه .

قوله ﴿ وإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ لَايَفِي بِدَيْنِهِ . وَسَأَلَ غُرَمَاؤُهُ الْحَاكِمَ الْحَجْرَ عَلَيْهِ : لَزِمَهُ إِجَابَتُهُمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله إن ضاق ماله عن ديونه ، صار محجوراً عليه بغير حكم حاكم . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

ويأتى معنى ذلك قريباً .

تنبيهات

أحدها : قوله « وإن كان له مال لا يفى بدينه » هكذا عبارة أكثر الأصحاب .

وقال فى الرعاية الكبرى : ومن له دون ما عليه من دين حال ، أو قدره ، ولا كسب له ، ولا ما ينفق منه غيره . أو خيف تصرفه فيه .

الثانى : ظاهر قوله « فسأل غرماؤه الحجر » أنه لو سأله البعض الحجر عليه : لم يلزمه إجابتهم . وهو ظاهر المغنى ، والمستوعب ، والشرح ، والمحرر ، والنظم ، والحاوى ، وجماعة . وهو أحد الوجهين . وقدمه فى الرعايتين ، والفائق ، والزركشى

الوجه الثانى : يلزمه إجابتهم أيضاً . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لزم الحجر عليه بطلب غرمائه . والأصح : أو بعضهم .

قال فى تجريد العناية : هذا الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والتلخيص ، والبلغة . وهو الصواب .

الثالث : ظاهر كلامه أيضاً : أن المعسر لو طلب الحجر على نفسه من الحاكم لا يلزمه إجابته إلى ذلك . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وقال فى المستوعب : إن زاد دينه على المال ـ وقيل : أو طلب المفلس الحجر من الحاكم ـ لزمه .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن طلبه المفلس وحده : احتمل وجهين .

قال فى تجريد العناية : وبسؤاله فى وجه .

قوله ﴿ وَيَتَعَلَّقُ بِالحَجْرِ عَلَيْهِ أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ

أَحَدُهَا : تَعَلُّقُ حَقِّ الغُرَمَاءِ بِمَالِهِ . فَلاَ يُقْبَلُ إقْرَارُهُ عَلَيْهِ . وَلاَ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيه إلاّ بالعتقِ على إحدى الروايتين ﴾ .

اعلم أنه إذا كان عليه دين أكثر من ماله ، وتصرف . فلا يخلو : إما أن يكون تصرفه قبل الحجر عليه أو بعده .

فإن كان قبل الحجر عليه : صح تصرفه ، على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ولو استغرق جميع ماله ، حتى قال فى المستوعب وغيره : لايختلف المذهب فى ذلك .

وقيل : لاينفذ تصرفه . ذكره الشيخ تقى الدين ، وحكاه رواية . واختاره .

وسأله جعفر : من عليه دين يتصدق بشىء ؟ قال : الشىء اليسير . وقضاء دينه أوجب عليه .

قلت : وهذا القول هو الصواب ، خصوصاً وقد كثرت حيل الناس . وجزم به فى القاعدة الثالثة والخمسين .

وقال : المفلس إذا طلب البائع منه سلعته التى يرجع بها قبل الحجر : لم ينفذ تصرفه . نص عليه .

وذكر فى ذلك ثلاث نصوص ، لكن ذلك مخصوص بمطالبة البائع .

وعنه له منع ابنه من التصرف فى ماله بما يضره .

ونقل حنبل — فيمن تصدق وأبواه فقيران — رد عليهما . لا لمن دونهما .

ونص فى رواية : على أن من أوصى لأجانب ، وله أقارب محتاجون : أن الوصية ترد عليهم .

قال فى القاعدة الحادية عشر : فيخرج من ذلك : أن من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث أو دين ، وليس له وفاء : أنه يرد . ولهذا يباع المدبر فى الدين خاصة على رواية .

ونقل ابن منصور — فيمن تصدق عند موته بماله كله — قال : هذا مردود ، ولو كان فى حياته : لم أجوز إذا كان له ولد .

فعلى المذهب : يحرم عليه التصرف إن أضر بغريمه . ذكره الأدمي البغدادى ، واقتصر عليه فى الفروع . وهو حسن .

وإن تصرف بعد الحجر عليه ، فلا يخلو : إما أن يتصرف بالعتق أو بغيره .

فإن تصرف بالعتق فأطلق المصنف فى صحة عتقه روايتين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، وغيرهم .

إحداهما : لايصح . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، والزركشى فى كتاب العتق : هذا أصح .

واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى وغيرهم . وصححه فى التصحيح ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق ، وإدراك الغاية .

والرواية الثانية : يصح . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، والشريف . قاله الزركشى .

قال فى الرعاية الكبرى : يصح عتقه على الأقيس .

وإن تصرف بغير العتق ، فلا يخلو : إما أن يكون بتدبير رقيقه أو غيره .

فإن كان بالتدبير : صح ، بلا نزاع أعلمه .

وإن كان بغيره ، فلا يخلو : إما أن يكون بالشىء اليسير . أو غيره .

فإن كان بالشىء اليسير : لم ينفذ تصرفه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وفى المستوعب ، والرعاية : يصح تصرفه بالصدقة فى الشىء اليسير . زاد فى الرعاية : بشرط أن لا يضر .

قلت : إذا كانت العادة مما جرت به ، ويتسامح بمثله : فينبغى أن يصح تصرفه فيه بلا خلاف .

وفى الرعاية وغيرها : تصح وصيته . بشرط أن لا يضر بماله . انتهى .

وإن كان تصرفه بغير اليسير : لم يصح تصرفه ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

ونقل موسى بن سعيد : إن تصرف قبل طلب رب العين لها : جاز ، لا بعد .

فائدتان

إحداهما : لو باع ماله لغريم بكل الدين الذى عليه ، ففى صحته وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الرعاية : يحتمل وجهين .

أحدهما : يصح لرضاهما به . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

والوجه الثانى : لا يصح . لاحتمال ظهور غريم آخر .

قلت : وهو الصواب .

الثانية : يملك رد معيب اشتراه قبل الحجر . ويملك الرد بخيار غير متقيد

بالأحظ ، على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : ولا يتقيد بالأحظ على الأظهر .

قال فى الفائق : هذا أصح الوجهين . وهو ظاهر ماجزم به فى الحاويين ، والرعاية الصغرى ، فإنهما قالا : وله رد ما اشتراه قبل الحجر بعيب ، أو خيار . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

قال الزركشى : وهو المشهور . وجزم به فى المغنى ، والشرح فى الثانية .

وقيل : إن كان فيه حظ نفذ تصرفه ، وإلا فلا .

قال فى التلخيص : وهو قياس المذهب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ تَصَرَّفَ فِي ذِمَّتِهِ بِشِرَاءٍ أَوْ ضَمَانٍ ،أَوْ إِقْرَارٍ : صَحَّ . وَيُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ فَكِّ الحَجْرِ عَنْهُ ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . فلا يشاركون من كان دينه قبل الحجر .

وفى المبهج : فى جاهل به وجهان .

وعنه يصح إقراره إن أضافه إلى ما قبل الحجر ، أو أَدَّانَهُ عامل قبل قراضه . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى الرعاية : ويحتمل أن يشاركهم من أقر له بدين لزمه قبل الحجر .

وقال أيضاً : وإن أقر بمال معين ، أو عين : احتمل وجهين .

وتقدم نقل موسى بن سعيد .

وتقدم فى باب الضمان : أن صاحب التبصرة حكى رواية بعدم صحة ضمانه .

قال فى الفروع : ويتوجه عليها عدم صحة تصرفه فى ذمته . انتهى .

تنبيه : ظاهر كلامه : أن من عامله بعد الحجر لايرجع بعين ماله . وهو أحد الوجهين .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل: يرجع أيضاً. وأطلقهما فى الفائق.

وقيل: يرجع مع جهله الحجر. قاله الزركشى. وهو حسن. وهذا الأخير المذهب. وقدمه فى الفروع وغيره.

قوله ﴿ الثانى: أَنَّ مَنْ وَجَدَ عِنْدَهُ عَيْناً بَاعَهَا إِيَّاهُ. فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُفْلِسُ حَيًّا، وَلَمْ يَنْقُدْ مِنْ ثَمَنِهَا شَيْئاً، وَالسِّلْعَةُ بِحَالِهَا. لَمْ يَتْلَفْ بَعْضُهَا، وَلَمْ تَتَغَيَّرْ صِفَتُهَا بِمَا يُزِيلُ اسْمَهَا، كَنَسْجِ الْغَزْلِ، وَخَبْزِ الدقيق. وَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا حَقٌّ: مِنْ شُفْعَةٍ، أَوْ جِنَايَةٍ، أَوْ رَهْنٍ، وَنَحْوِهِ، وَلَمْ تَزِدْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً: كَالسِّمَنِ، وَتَعَلُّمِ صَنْعَةٍ ﴾

ذكر المصنف لاختصاص رب العين المباعة الموجودة بعد الحجر فى المحجور عليه شروطاً.

منها: أن يكون المفلس حياً. فلو مات كان صاحبها أسوة الغرماء مطلقا. على الصحيح من المذهب. وعليه الأصحاب. وجزم به فى المغنى، والشرح، والفروع، وغيرهم.

وقيل: ذلك إذا مات قبل الحجر.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن رب العين لو مات كان لورثته أخذ السلعة، كما لو كان صاحبها حياً. وهو صحيح. وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع، وظاهر كلام أكثر الأصحاب، منهم صاحب الحاويين.

قال الزركشى: وهو ظاهر كلام الشيخين ـ المصنف، والمجد ـ لعدم اشتراطهم ذلك.

وقال فى الترغيب، والرعاية الكبرى: فلربه دون ورثته ـ على الأصح ـ أخذه. وقدمه فى الرعاية الصغرى، والفائق، والزركشى.

وقال فى التلخيص : من الشروط : أن يكون البائع حيا ، إذ لا رجوع للورثة . للحديث .

وحكى أبو الحسن الآمدى رواية أخرى : أنهم يرجعون . انتهى .

ومنها : أن لا يكون نقد من ثمنها شيئاً . فإن كان نقد منه شيئاً كان أسوة الغرماء ، لا أعلم فيه خلافا .

ومنها : أن تكون السلعة بحالها لم يتلف بعضها . وكذا لم يزل ملكه عن بعضها ببيع أو هبة أو وقف ، أو غير ذلك . إن كان عينا واحدة .

وإن كان المبيع عينين ـ كعبدين ، أو ثوبين ونحوهما ـ فتلف أحدهما أو نقص ونحوه : رجع فى العين الأخرى . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاويين .

وعنه : له أسوة الغرماء . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وجماعة . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وجزم به فى الإرشاد . وأطلقهما فى المغنى ، والـكافى ، والتلخيص ، والمستوعب . والشرح ، والفائق ، والزركشى .

وقال : ولعل مبناهما أن العقد : هل يتعدد بتعدد المبيع أم لا ؟ وحكم انتقال البعض ببيع ونحوه حكم التلف . انتهى .

قلت : تقدم فى كتاب البيع بعد قوله « وإذا جمع بين كتابة وبيع » أن الصفقة تتعدد بتعدد المبيع ، على الصحيح .

تنبيه : من جملة صور تلف البعض : إذا استأجر أرضاً للزرع . فأفلس بعد مضى مدة لمثلها أجرة ، تنزيلا للمدة منزلة المبيع ، ومضى بعضها بمنزلة تلف بعضها . وهذا المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وغيرهم .

وقال القاضى ، وصاحب التلخيص : له الرجوع . وهل يلزمه تبقية زرع المفلس ؟ فيه وجهان وأطلقهما الزركشى بأجرة المثل .

ثم هل يُضرب بها له مع الغرماء ؟ اختاره القاضى ، أو يقدم بها عليهم ؟ قاله فى التلخيص .

فوائد

إحداها : لو وطىء البكر : امتنع الرجوع ، على الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر وغيره . وجزم به فى التلخيص ، والمستوعب ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين .

وقيل : لا يمتنع . اختاره القاضى . وأطلقهما فى الفائق .

وكذا الحكم إذا جرح العبد .

فعلى المذهب : لا يرجع ، وعلى قول القاضى : يرجع .

فإن كان مما لا أرش له ، كالحاصل بفعل الله تعالى ، أو فعل بهيمة ، أو جناية المفلس ، أو عبده ، أو جناية العبد على نفسه : فلا أرش له مع الرجوع .

وإن كان الجراح موجبا للأرش ـ كجناية الأجنبى ـ فللبائع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن .

وعلى المذهب أيضاً : لو وطىء الثيب كان له الرجوع . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن رزين وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الرعاية الكبرى : فله الرجوع فى الأصح ، إذا لم تحمل .

وفيه وجه آخر : يمتنع الرجوع . ذكره ابن أبى موسى . وأطلقهما فى التلخيص ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاويين .

الثانية : لا يمنع الأخذ تزويج الأمة . فإذا أخذها البائع بطل النكاح فى الأقيس . قاله فى الرعاية الكبرى .

قلت : الصواب عدم البطلان .

الثالثة : لو خرجت السلعة عن ملكه قبل الحجر ، ورجعت بعد الحجر ، فقيل : له الرجوع . قال الناظم : عاد الرجوع على القوى .

قال فى التلخيص : هى كعود الموهوب إلى الابن بعد زواله . هل للأب الرجوع أم لا ؟ .

قلت : الصحيح من المذهب : أن له الرجوع . على ما يأتى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقيل : ليس له الرجوع مطلقا .

وقيل : إن عادت إليه بسبب جديد — كبيع وهبة وإرث ، ووصية — لم يرجع . وإن عادت إليه بفسخ — كالإقالة ، والرد بالعيب والخيار ونحوه — فله الرجوع

ويأتى فى الهبة نظير ذلك فى رجوع الأب إذا رجع إلى الابن بعد وفاته . والصحيح من ذلك . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والزركشى ، والقواعد الفقهية .

وأطلق الوجهين الأولين فى الكافى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وحيث قلنا : له الرجوع : لو اشتراها ، ثم باعها ، ثم اشتراها . فقيل : يختص بها البائع الأول ، لسبقه .

وقيل : يقرع بينه وبين البائع الثانى . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : بقاء صفة السلعة . فلو تغيرت بما يزيل اسمها — كنسج الغزل ، وخبز الدقيق ، وطحن الحنطه ، وعمل الزيت صابوناً ، أو قطع الثوب قميصاً ، أو نجر الخشب أبواباً ، أو عمل الشريط أبراً ، أو نحو ذلك — امتنع الرجوع . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقال فى الموجز : إن أحدث صنعة ـ كنسج غزل ، وعمل الدهن صابوناً ـ فروايتان .

وقال فى التبصرة : لا يأخذه .

وعنه : بلى ، ويشاركه المفلس فى الزيادة .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ من عنده ـ إن لم تزد قيمة الحب بطحنه ، والدقيق بخبزه ، والغزل بنسجه : رجع وإلا فلا .

فائدتان

إحداهما : لو كان حباً فصار زرعاً ، أو بالعكس ، أو نوًى فنبت شجراً ، أو بيضاً فصار فرخاً : سقط الرجوع . على الصحيح من المذهب .

وقال القاضى : لا يمنع ذلك الرجوع . واختاره فى التلخيص . ورده فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو خلط المبيع أو بعضه بما لا يتميز منه . فقال المصنف ، والشارح وغيرهما : سقط حقه من الرجوع . لأنه لم يجد عين ماله . وهو المذهب . قطع به فى التبصرة .

وقال الزركشى ، وقد يقال : ينبنى على الوجهين فى أن الخلط : هل هو بمنزلة الإتلاف أم لا ؟ ولا نسلم أنه لم يجد عين ماله . بل وجده حكما . انتهى .

قلت : الصحيح من المذهب : أن الخلط ليس بإتلاف . وإنما هو اشتراك على ما يأتى فى كلام المصنف فى باب الغصب فى قوله « وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز » .

ومنها : أن لا يتعلق بها حق شفعة . فإن تعلق بها حق شفعة : امتنع الرجوع ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب . والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والحاويين ، والوجيز ، والرعايتين ، فى موضع ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

قال فى الفروع : فله أسوة الغرماء فى الأصح .

وقيل : لايمتنع الرجوع . اختاره ابن حامد .

وقال فى الكبرى ، فى موضع آخر : وإن اشترى شقصاً مشفوعاً فلبائعه الرجوع .

وقيل : الشفيع أحق به .

وقيل : إن طالب الشفيع : امتنع ، وإلا فلا . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، والزركشى .

ومنها : أن لايتعلق بها حق رهن . فإن تعلق بها حق رهن : امتنع الرجوع . لا أعلم فيه خلافاً .

لكن إذا كان الرهن أكثر من الدين ، فما فضل منه : رد على المال . وليس لبائعه الرجوع فى الفاضل ، على الصحيح من المذهب .

ويأتى قريباً فى كلام المصنف مجزوماً به .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى : له الرجوع . لأنه عين ماله .

قال المصنف ، والشارح : وما ذكره القاضى لايخرج على المذهب . لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع . فكذلك ذهاب بعضه بالبيع . انتهى .

فلو كان المبيع عينين ، فرهن أحدهما . فهل يملك البائع الرجوع فى الأخرى ؟ على وجهين . بناء على الروايتين فيما إذا تلف أحد العينين ، على ماتقدم . وقد علمت أن المذهب : له الرجوع هناك . فكذا هنا .

فائدة : لو مات الراهن ، وضاقت التركة عن الديون : قدم المرتهن برهنه ، على الصحيح من المذهب . ونص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه هو أسوة الغرماء . نص عليه أيضاً . وأطلقهما الزركشى آخر الرهن .

ومنها :أن لايتعلق بها حق جناية ، بأن يشترى عبداً ، ثم يفلس بعد تعلق أرش الجناية برقبته . فيمتنع الرجوع . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، والفروع ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه فى الفائق ، والكافى .

وقيل : له الرجوع . لأنه حق لايمنع تصرف المشترى فيه ، بخلاف الرهن . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والزركشى .

فعلى المذهب : حكمه حكم الرهن .

وعلى الثانى : هو مخير ، إن شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية . وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء ، فإن أبرأ الغريم من الجناية ، فللبائع الرجوع .

قال فى القاعدة السادسة عشر : لو تعلق بالعين المبيعة حق شفعة ، أو جناية ، أو رهن ، ثم أفلس . ثم أسقط المرتهن ، أو الشفيع ، أو المجنى عليه حقه : فالبائع أحق بها من الغرماء . لزوال المزاحمة ، على ظاهر كلام القاضى ، وابن عقيل . ذكره المجد فى شرحه .

ويتخرج فيه وجه آخر : أنه أسوة الغرماء . انتهى .

ومنها : أن لاتزيد زيادة متصلة . فإن زادت زيادة متصلة ـ كالسمن ، وتعلم صنعة ، كالكتابة والقرآن ونحوهما ـ امتنع الرجوع ؛ على الصحيح من المذهب . اختاره الخرقى ، والشيرازى . وقدمه فى المغنى ، والهادى ، والكافى ، والشرح ، والفروع . ونصره المصنف ، والشارح ورَدَّا غيره .

قال القاضى ، فى كتاب الهبة من خلافه : هو منصوص الإمام أحمد رحمه الله .

وعنه أن الزيادة لاتمنع الرجوع . نص عليه فى رواية الميمونى .

وقاله القاضى وأصحابه ، وابن أبى موسى . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقدمه فى النظم ، والفائق ، والرعايتين ، والهداية ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، و إدراك الغاية ، وشرح ابن رزين وقال : وهو القياس .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا ظاهر المذهب ، ولعله المذهب . لأنه المنصوص . وعليه الأكثر .

فعليها : يأخذها بزيادتها . وأطلقهما ابن البنا فى الخصال ، وصاحب الحاويين .

قوله ﴿ فَأَمَّا الزِّيَادَةُ الْمُنْفَصِلَةُ : فَلَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال المصنف ، والشارح : لاتمنع الرجوع ، بغير خلاف بين أصحابنا .

وذكر فى الإرشاد والتبصرة ، والموجز ، فى منع المنفصلة من الرجوع : روايتين .

وعند أبى موسى : يمنع الولد الرجوع فى أمه .

فائدة : لو كان حملا عند البيع ، أو عند الرجوع : فوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى التلخيص ، والرعاية الكبرى : إن كان حملا عند البيع والرجوع : لم يمنع الرجوع كالسمن . و إن كان حملا عند البيع ، منفصلاً عند الرجوع : فوجهان . وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

ومع الرجوع لا أرش ، على الأظهر .

و إن كانت حائلا عند البيع ، حاملا عند الرجوع . فقال فى الكبرى : فوجهان .

وقال فى التلخيص : هو كالسمن ، والأظهر : يتبع فى الرجوع كالبيع . انتهى .

وقال المصنف ، قال القاضى : إن اشتراها حاملا . وأفلس بعد وضعها : فله الرجوع فيهما مطلقاً .

قال المصنف : والصحيح أنا إذا قلنا : لا حكم للحمل . فهو زيادة منفصلة . و إن قلنا : له حكم ـ وهو الصحيح ـ فإن كان هو والأم قد زادا بالوضع ، فزيادة متصلة . و إن لم يزيدا : جاز الرجوع فيهما .

و إن زاد أحدهما دون الآخر : خرج على الروايتين فيما إذا كان المبيع عينين تلف بعض أحدهما على ماتقدم .

و إن كانت عند البيع حائلا ، وحاملا عند الرجوع ، وزادت قيمتها : فزيادة متصلة . و إن أفلس بعد الوضع فزيادة منفصلة .

وقال القاضي : إن وجدها حاملا : انبنى على أن الحمل : هل له حكم ، فيكون زيادة منفصلة ، يتربص به حتى تضع ، أولا حكم له ، كزيادة متصلة ؟ انتهى كلام المصنف ملخصاً .

قوله ﴿ وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ ﴾

هذا ظاهر كلام الخرقى ، واختيار ابن حامد ، والقاضى فى روايتيه ، والمجرد ، والشريف ، وأبى الخطاب فى خلافيهما ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف .

وقال : لاينبغى أن يكون فيه خلاف .

قال فى الكافى : هذا ظاهر المذهب .

قال الشارح : هذا أصح إن شاء الله . وجزم به فى الوجيز .

وعنه أنها للبائع . وهى المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى فى الجامع والخلاف ، وابن عقيل . وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق .

وهو ظاهر ماقدمه فى الهداية ، والمذهب . وأطلقهما الزركشى .

و يأتى نظير ذلك فى الهبة واللقطة .

فعلى الأول : إذا كانت الزيادة المنفصلة ولداً صغيراً : أجبر البائع على بذل

قيمته . وكذا إن كان كبيراً ، وقلنا : يحرم التفريق . فإن أبى بطل الرجوع فى أحد الوجهين .

وفى الوجه الآخر : يباعان ، ويصرف إليه ماخص الأم . قاله فى التلخيص .

وقال فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق . فلو كانت الزيادة المنفصلة ولد أمة : فله أخذه بقيمته ، أو بيع الأم معه . وله قيمتها ذات ولد بغير ولد .

زاد فى الفائق : ويحتمل منع الرجوع فى الأم .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن لم يدفع قيمته فلا رجوع .

قوله ﴿ وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ قَصَّرَهُ : لَمْ يَمْنَع الرُّجُوعَ . وَالزِّيَادَةُ لِلْمُفْلِسِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، والوجيز ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره .

قال صاحب التلخيص وغيره : هذا المذهب .

قال المصنف ، والشارح : إذا صبغ الثوب ، أو لَتَّ السويق بزيت . فقال أصحابنا : لبائع الثوب والسويق الرجوع فى أعيان أموالهما .

قال المصنف : ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة ، كسمن العبد .

وقالا : وإن قصر الثوب ، فإن لم تزد قيمته : فللبائع الرجوع فيه . وإن زادت : فليس له الرجوع فى قياس قول الخرقى .

وقال القاضى ، وأصحابه : له الرجوع . انتهيا .

وقال ابن أبى موسى : إذا زادت العين بقصارة ، أو صناعة ونحوهما : امتنع الرجوع . وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال فى الفروع : و إن صبغه أو قصره . فله أسوة الغرماء فى وجه فيهما ، كنقصه بهما فى الأصح .

قال فى الفائق : و إن صبغ الثوب ، أو قصره : لم يمنع . و يشاركه المفلس فى الزيادة .

وقيل : لارجوع إن زادت القيمة .

وقال فى المستوعب : و إن كانت ثياباً فصبغها ، أو قصرها ، فذكر ابن أبى موسى : أنه يكون أسوة الغرماء .

وقال القاضى : لا يمنع الرجوع .

وقال فى الرعاية الكبرى : إن قصر الثوب ـ وقلنا : يرجع فى الأقيس ـ فزادت قيمته رجع فيه ربه فى الأصح . والزيادة للمفلس فى الأقيس . فله من الثوب بنسبة مازاد من قيمته .

وقيل : بل أجرة القصارة . إلا أن يتلف بيده . فيسقط .

وقيل : القصارة كالسمن . وفى أجرتها وجهان .

و إن لم تزد ولم تنقص : فله الرجوع ، أو مشاركة الغرماء .

وقال فى صبغ الثوب : و إن صبغه ، فزادت قيمته بقدر قيمة الصبغ : رجع البائع فى الأصح . وشارك المفلس فيه بقيمة صبغه . إلا أن يدفعها البائع . فإن أبى دفعها : أجبر على بيع حقه .

و إن نقصت عن قيمة الصبغ : فالنقص من المفلس ، و إن زادت قيمتها : فالزيادة ـ مع قيمة الصبغ ـ له .

وقيل : يشتركان منه بالنسبة .

و إن لم تزد قيمته : فلربه أخذه مجاناً ، أو يكون كالغرماء . و إن نقصت قيمته : لم يرجع فى الأقيس . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو كانت السلعة صبغاً فصبغ به ، أو زيتاً فلتَّ به : فلا رجوع . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفائق : فلا رجوع فى أصح الوجهين . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الكافى ، وغيره .

قال القاضى : له الرجوع .

وجزم فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، وغيرهم : بأنه إذا خلطه بمثله على وجه لايتميز : يمتنع الرجوع . كخلط الزيت والقمح ونحوهما بمثله .

الثانية : لو كان الثوب والصبغ من واحد . قال المصنف ، والشارح : قال أصحابنا : هو كما لو كان الصبغ من غير بائع الثوب .

فعلى قولهم : يرجع فى الثوب وحده . ويكون المفلس شريكاً بزيادة الصبغ . ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ .

قال : ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا ، كما لو اشترى دفوفاً ومسامير من واحد فسمرها به . فإنه يرجع فيهما .

قوله ﴿ فَإِنْ غَرَسَ الْأَرْضَ ، أَوْ بَنَى فِيهاَ . فَلَهُ الرُّجُوعُ ، وَدَفْعُ قِيمَةِ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ . فَيَمْلِكُهُ ، إلاَّ أَنْ يَخْتَارَ الْمُفْلِسُ وَالْغُرَمَاءُ الْقَلْعَ وَمُشَارَكَتَهُ بِالنَّقْصِ ﴾ .

إذا اتفقا على قلع الغرس والبناء فلهم ذلك . فإذا فعلوه فللبائع الرجوع فى أرضه . فإذا أراد الرجوع قبل القلع فله ذلك . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : والأصح له الرجوع قبل قلع غرس و بناء . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وهو ظاهر ماجزم به كثير من الأصحاب .

ويحتمل أن لايستحقه إلا بعد القلع .

فعلى المذهب : يلزمهم تسوية الأرض ، وأرش نقصها الحاصـل به . ويضرب بالنقص مع الغرماء .

وعلى الثانى : لا يلزمهم ذلك .

فلو امتنع المفلس والغرماء من القلع : لم يجبروا عليه .

وإن أبى المفلس القلع ، فالصحيح من المذهب : أن للبائع أخذه وقلعه وضمان نقصه .

وقيل : ليس له ذلك .

وعلى المذهب : لو بذل البائع قيمة الغراس والبناء ليملـكه ، أو قال : أنا أقلع وأضمن النقص : فله ذلك .

وعلى الثانى : ليس له ذلك .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَوْا الْقَلْعَ ، وأَبَى دَفْعَ الْقِيمَةِ : سَقَطَ الرُّجُوع ﴾ .

وهو المذهب . اختاره ابن حامد . ونصره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والخلاصة . وصححه فى النظم .

وقال القاضى : له الرجوع فى الأرض . ويكون مافيها للمفلس . وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

فعلى المذهب : لا تفريع .

وعلى الثانى : إن اتفقا على البيع بيعا لهما . وإن أبى أحدهما ، فقال المصنف ، والشارح : يحتمل أن يجبر ، فيباع الجميع . واحتمل : لا . فيبيع المفلس غرسه وبناءه مفردا .

قال فى الفروع : وهل يباع الغرس مفرداً ، أو الجميع ، ويقسم الثمن على القيمة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الهـداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والفائق ، والحاويين ، وغيرهم .

أحدهما : يباع الجميع . قدمه فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى .

والوجه الثانى : يباع الغرس والبناء مفرداً . قدمه فى الرعاية الكبرى .

فوائد

إحداها : قال المصنف ، والشارح : لو كان المبيع شجراً أو نخلا ، فله أربعة أحوال .

أحدها : أفلس وهى بحالها . فله الرجوع .

الثانى : كان فيها وقت البيع ثمر ظاهر ، أو طلع مؤبَّر ، واشترطه المشترى فأكله ، أو تصرف فيه ، أو تلف بجائحة ، ثم أفلس : فهذا فى حكم مالو اشترى عينين وتلف أحدهما على ماتقدم .

الثالث : أطلع ولم يؤبَّر ، أو كان فيه ثمر لم يظهر وقت البيع . فيدخل فى البيع . فلو أفلس بعد تلفه أو بعضه ، أو زاد ، أو بدا صلاحه : فحكمه حكمُ تلف بعض المبيع وزيادته المتصلة ، على ماتقدم .

قال فى الرعاية الكبرى : فهو زيادة متصلة فى الأصح .

الرابع : باعه نخلا حائلا فأطلعت ، أو شجراً فأثمرت ، فهو على أربعة أقسام :

الأول : أفلس قبل تأبيرها . فالطلع زيادة متصلة .

الثانى : أفلس بعد التأبير ، وظهور الثمرة : فلا يمنع الرجوع . والطلع للمشترى . على الصحيح من المذهب ، خلافاً لأبى بكر .

ولو باعه أرضاً فارغة ، فزرعها المشترى ، ثم أفلس : رجع فى الأرض دون الزرع ، وجهاً واحداً .

الثالث : أفلس ، والطلع غير مؤبر . فلم يرجع حتى أبِّر : فليس له الرجوع فيه . كما لو أفلس بعد التأبير .

فلو ادعى الرجوع قبل التأبير ، وأنكر المفلس : فالقول قوله .

وإن قال البائع : بعت بعد التأبير . وقال المفلس : بل قبله . فالقول قول البائع .

الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة ، أو ذهابها بجائحة أو غيرها : فله الرجوع فى الأصل . والثمرة للمشترى ، إلا على قول أبى بكر .

الثانية : كل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع : فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجداد .

وكذا إذا رجع فى الأرض وفيها زرع للمفلس . وليس على صاحب الزرع أجرة .

إذا ثبت هذا . فإن اتفق المفلس والغرماء على التبقية أو القطع . فلهم ذلك . وإن اختلفوا ، وكان مما لاقيمة له ، أو قيمته يسيرة : لم يقطع .

وإن كانت قيمته كثيرة : قدم قول من طلب القطع ، فى أحد الوجوه . اختاره القاضى . وجزم به فى الرعاية الكبرى .

والثانى : ينظر مافيه الأحظ فيعمل به .

قلت : وهو الصواب .

والثالث : إن طلب الغرماء القطع : وجب . وإن كان المفلس ، فكان التأخير أحظ له : لم يقطع .

الثالثة : إذا كملت الشروط : فله أخذه من غير حكم حاكم ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . لتعينها كوديعة . وسواء زادت قيمتها أو نقصت ولو بذل الغرماء ثمنها كله ، وهو يساوى المبيع أو دونه أو فوقه .

وقيل : لا يأخذها إلا بحكم حاكم ، بناء على تسويغ الاجتهاد .

الرابعة : لو حكم حاكم بكونه أسوة الغرماء : نقض حكمه ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب . وفيه احتمال : لاينقض .

الخامسة : يكون الاسترجاع فى السلعة بالقول . فلو أقدم على التصرف فيها

ابتداء لم ينعقد ، ولم يكن استرجاعاً . وكذا الوطء . ذكره القاضي في الخلاف ، لتمام ملك المفلس .

وفي المجرد ، والفصول : يكون الوطء استرجاعاً ، وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه . قاله في القاعدة الخامسة والخمسين .

السادسة : يستثنى من جواز الأخذ ، بعد كمال الشروط : مسألة .

وهي ما إذا كان المبيع صيداً والبائع محرما . فإنه ليس له الرجوع فيه . لأنه تملك للصيد . لا يجوز . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الرعاية ، وقطعوا به .

قلت : فيعايى بها .

ولعلهم أرادوا على القول بأن الفسخ على الفور في تلك الحالة . وهو الظاهر ، وإلا فلا وجه له .

السابعة : الصحيح من المذهب : أن أخذ السلعة على التراخي ، كخيار العيب . قدمه في الفروع ، والمحرر ، وغيرهما . وقاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقيل : على الفور .

قال في الرعاية الكبرى : أخذه على الفور في الأقيس . وصححه الناظم . ونصره القاضي وغيره . وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : الوجهان هنا مبنيان على الروايتين في خيار الرد بالعيب

الثامنة : حيث أخذ البائع سلعته ، فرجوعه فسخ للعيب . فلا يحتاج إلى معرفة المبيع ، ولا إلى القدرة على تسليمه .

فلو رجع فيمن أبق صح : وصار له . فإن قدر عليه : أخذه . وإن تلف : فمن ماله . وإن تبين أنه كان تالفاً حين استرجاعه بطل رجوعه .

وإن رجع في مبيع اشتبه بغيره : قدم تعيين المفلس ، لانكاره دعوى استحقاق البائع . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

التاسعة : متى قلنا له الرجوع ، فلو كان ثمن المبيع الموجود مؤجلا على المفلس — وقلنا : لايحل بالفلس — فالصحيح من المذهب : أنه يأخذ المبيع عند الأجل . نص عليه . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والمغنى ، والشرح . وقالا : هو أولى .

قال الزركشى : عليه الجمهور .

وقيل : يأخذه فى الحال . اختاره ابن أبى موسى .

وقيل : يباع . اختاره أبو بكر فى التنبيه ، وصاحب التلخيص . وقدمه الزركشى . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح .

وقيل : إن لم تزد قيمته رجع فيه مجاناً . ذكره فى الرعاية الكبرى .

العاشرة : ذكر المصنف هنا حكم السلعة المبيعة إذا وجدها . وكذا حكم القرض وغيره إذا وجد عينه .

قال فى الرعاية : لو كان دينه سَلَماً ، فأدرك الثمن بعينه : أخذه .

قال فى التلخيص : الرجوع ثابت فى كل ماهو فى معنى البيع : من عقود المعاوضات المحضة ، كالإجارة والسلم ، والصلح بمعنى البيع . وكذلك الصداق ، كأن يصدق امرأة عيناً ، وتحصل الفرقة من جهتها ، وقد أفلست .

وكذا لو وجد عيناً مؤجرة لم يمض من المدة شىء . فلو مضى بعض المدة : فله أسوة الغرماء . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يختص بها .

الحادية عشر : لو كان للمفلس عين مؤجرة : كان المستأجر أحق بمنافعها مدة الإجارة . فإن تعطلت فى أثناء المدة : ضرب له بما بقى مع الغرماء . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ الحُكْمُ الثَّالِثُ : بَيْعُ الحاكِمِ مالَهُ ﴾ .

يعنى إن كان من غير جنس الدين (وَقَسْمُ ثَمَنِهِ) .

يعنى يجب ذلك على الحاكم . ويكون على الفور .

قوله ﴿ وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْضِرَهُ وَيُحْضِرَ الغُرَمَاءَ ﴾

يعنى يستحب . ذكره الأصحاب .

قوله ﴿ وَيَبِيعُ كُلَّ شَيْءٍ فِي سُوقِهِ ﴾

بشرط أن يبيعه بثمن مثله المستقر فى وقته أو أكثر . ذكره الشيخ تقى الدين وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَيَتْرُكُ لَهُ مِنْ مَالِهِ مَا تَدْعُو إِلَيْهِ حَاجَتُهُ : مِنْ مَسْكَنٍ ﴾

بلا نزاع . لكن إن كان واسعاً يفضل عن سكنى مثله : بيع ، واشترى له مسكنُ مثله .

ولابن حمدان احتمال : أن من ادَّانَ ما اشترى به مسكناً : أنه يباع ، ولا يترك له . انتهى .

ولو كان المسكن عين مال بعض الغرماء : أخذه بالشروط المتقدمة .

قوله ﴿ وَخَادِمٍ ﴾

بلا نزاع . لكن بشرط أن لا يكون نفيساً . وكذا المسكن . نص عليهما .

فائدة : يترك له أيضاً آلة حرفة . فإن لم يكن صاحب حرفة : ترك له ما يتجر به . نص عليه . وجزم به ناظم المفردات ، وغيره ، وهو منها .

وقال فى الموجز ، والتبصرة : ويترك له أيضاً فرس يحتاج إلى ركوبها .

وقال فى الروضة : يترك له دابة يحتاجها .

ونقل عبد الله : يباع الكل إلا المسكن ، وما يواريه من ثياب وخادم يحتاجه .

تنبيه : مراد المصنف وغيره بترك المسكن والخادم وغيرهما : إذا لم يكن عين مال الغرماء .

وأما إن كان عين مالهم : فإنه لايترك له منه شىء ، ولو كان محتاجاً إليه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وهو واضح .

فكلامهم هنا مخصوص بما تقدم .

قوله ﴿ وَيُنفِقُ عَلَيْهِ بِالمَعْرُوفِ إلى أَنْ يَفْرُغَ مِنْ قَسْمِهِ بَيْنَ غُرَمَائِهِ ﴾

يعنى : عليه وعلى عياله . ومن النفقة : كسوته وكسوة عياله . وهذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع . وغيره .

وقال المصنف ، والشارح : محل هذا إذا لم يكن له كسب . وأما إن كان يقدر على التكسب : لم يترك له شىء من النفقة . وقطعا به . وهو قوى .

فائدة : لو مات جُهِّز من ماله ، كنفقة . قاله فى الفائق وغيره .

قوله ﴿ وَيُعْطِى المُنَادِى ﴾ يعنى ونحوه ﴿ أجْرَتَهُ مِنْ المَالِ ﴾

والمراد : إذا لم يوجد متطوع . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم ابن عقيل . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقيل : إنما يعطى من بيت المال إن أمكن . لأنه من المصالح . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وإدراك الغاية . وقدمه فى التلخيص ، والرعاية الكبرى .

قال فى الحاويين : وحق المنادى من الثمن ، إن فقد من يتطوع بالنداء وتعذر من بيت المال . وقدمه فى التلخيص ، والرعاية الكبرى .

قال فى الفائق : وأجرة المنادى : من الثمن ، إن فقد متطوع . وقيل : من بيت المال إن تعذر .

وقال ابن عقيل : هى من مال المفلس ابتداء . انتهى .

وفى القول الثانى : نظر . ولعل النسخة مغلوطة .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وَيَبْدَأُ بالمَجْنِي عَلَيْهِ ﴾ إذا كان الجانى عبد المفلس بدليل قوله ﴿ فيَدْفعُ إليهِ الأَقَلَّ مِنَ الأَرْشِ أَوْ ثَمَنَ الجانِي ﴾ .

سواء كانت الجناية عليه قبل الحجر أو بعده . جزم به فى الفروع وغيره .

وأما إن كان الجانى هو المفلس فالمجنى عليه أسوة الغرماء . لأن حقه متعلق بالذمة .

قوله ﴿ ثُمَّ بِمَنْ لَهُ رَهْنٌ . فَيَخْتَصُّ بِثَمَنِه ﴾

ظاهره : أنه سواء كان الرهن لازماً أو لا . وهو ظاهر كلامه فى المحرر ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ولم يقيده جماعة باللزوم . والصحيح من المذهب : أنه لا يختص بثمنه إلا إذا كان لازماً . قدمه فى الفروع .

وعنه : إذا مات الراهن أو أفلس ، فالمرتهن أحق به . ولم يعتبر وجود قبضه بعد موته أو قبله .

وقال فى الفائق : ثم يختص من له رهن بثمنه . فى أصح الوجهين .

وقال فى الرعاية الصغرى : يختص بثمن الرهن ، على الأصح . فحكى الخلاف روايتين .

وذكرهما ابن عقيل وغيره فى صورة الموت . لعدم رضاه بذمته ، بخلاف موت بائع وَجَدَ متاعه .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ بعد أن قدم المذهب ـ وعنه : أنه بعد الموت أسوة الغرماء مطلقاً .

قوله ﴿ فَإِنْ فَضَلَ لَهُ فَضْلٌ : ضَرَبَ به مَعَ الغُرَمَاءِ . وَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ فَضْلٌ : رُدَّ عَلَى المَالِ ﴾

وتقدم : أن الفاضل يرد على المال . على الصحيح من المذهب . كما جزم به هنا ، وأن القاضى اختار : أن بائعه أحق بالفاضل . وله الرجوع فيه .

قوله ﴿ ثُمَّ بِمَنْ لَهُ عَيْنُ مَالٍ يأخذها ﴾

يعنى بالشروط المتقدمه . وكلامه هنا أعم .

فيدخل عين القرض ، ورأس مال السلم ، وغيرهما . كما تقدم .

وكذا المستأجر من المفلس أحق بالمنافع مدة الإجارة من بقية الغرماء ، على ما تقدم قريباً .

قوله ﴿ ثُمَّ يَقْسِمُ البَاقِي بَيْنَ بَاقِي الغُرَمَاء عَلَى قَدْرِ دُيُونِهِم . فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ : لَمْ يَحِلَّ ﴾

هذا إحدى الروايات . وهو المذهب .

قال الزركشى : هذا المذهب المشهور .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وهو أصح .

قال القاضى : لا يحل الدين بالفلس . رواية واحدة .

قال فى التلخيص : لا يحل الثمن المؤجل بالفلس ، على الأصح .

قال فى الخلاصة : و إن كان له دين مؤجل لم يشارك على الأصح . وقدمه فى المستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وجزم به فى العمدة وغيره .

وعنه : يحل . ذكرها أبو الخطاب .

قال ابن رزين : وليس بشىء . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب .

وعنه لايحل إذا وثق برهن ، أو كفيل ملىء ، و إلا حل . نقلها ابن منصور .

فمتى قلنا : يحل ، فهو كبقية الديون الحالة .

ومتى قلنا : لايحل ، لم يوقف لر به شىء ، ولايرجع على الغرماء به إذا حل .

لكن إن حل قبل القسمة شارك الغرماء . وإن حل بعد قسمة البعض شاركهم أيضاً . وضرب بجميع دينه وباقى الغرماء ببقية ديونهم . قاله الزركشى وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ وَمَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ : لَمْ يَحُلَّ إذَا وَثَّقَ الوَرَثَةُ ﴾

يعنى : بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين . هذا المذهب .

قال فى القواعد الفقهية : هذا أشهر الروايتين .

قال الزركشى : هذا المشهور والمختار للأصحاب من الروايتين . ونصره المصنف ، والشارح . وقطع به الخرقى ، وصاحب العمدة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وعنه : يحل هنا مطلقاً ، ولو قتله ربه ، ولو قلنا : لا يحل بالفلس . اختاره ابن أبى موسى . وقدمه ابن رزين فى شرحه . ومال إليه .

فعلى المذهب : إن تعذر التوثق : حلّ ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والمحرر ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : لايحل . اختاره أبو محمد الجوزى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

قال ناظم المفردات : ولا يحل على المدين بموته من آجل الديون .

وقال فى الانتصار : يتعلق الحق بذمتهم . وذكره عن أصحابنا فى الحوالة . فإن كانت مليئة ، وإلا وثقوا .

وقال أيضاً : الصحيح أن الدين فى ذمة الميت والتركة .

فعلى المذهب : يختص أرباب الديون الحالة بالمال .

وعلى الثانية : يشاركون به .

وقال فى الرعاية : ومن مات ، وعليه دين حال ودين مؤجل ـ وقلنا : لاتحل بموته وماله بقدر الحال ـ فهل يترك له بقدر ما يخصه ليأخذه إذا حل دينه ، أو يوفى

الحال ، ويرجع على ربه صاحب المؤجل إذا حل بحصته ، أو لا يرجع ؟ يحتمل ثلاثة أوجه .

فوائد

الأولى : إذا لم يكن له وارث ، فقال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى : يحل الدين ، لأن الأصل يستحقه الوارث . وقد عدم هنا . وقدمه فى القواعد الفقهية . وذكر القاضى فى خلافه احتمالين .

قال فى الفروع : ولو ورثه بيت المال : احتمل انتقاله . ويضمن الإمام للغرماء واحتمل حوله . وذكرهما فى عيون المسائل .

وذكرهما القاضى فى التعليق ، لعدم وارث معين . وأطلق فى الفائق وجهين فيما إذا لم يكن له وارث .

الثانية : قال فى التلخيص : حكم من طرأ عليه جنون حكم المفلس والميت فى حلول الدين وعدمه .

الثالثة : متى قلنا بحلول الدين المؤجل ، فإنه يأخـذه كله . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه فى الفائق ، وقال: والمختار سقوط جزء من ربحه مقابل الأجل بقسطه . وهو مأخوذ من الوضع والتأجيل . انتهى .

قلت : وهو حسن .

الرابعة : هل يمنع الدين انتقال التركة إلى الورثة ، أم لا يمنع ؟ فيه روايتان .

إحداهما : لا يمنع . بل تنتقل . وهو الصحيح من المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وأصحابه .

قال ابن عقيل : هى المذهب .

قال الزركشى : هو المنصوص المشهور المختار للأصحاب .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله : أن المفلس إذا مات سقط حق البائع من غير ماله . لأن المال انتقل إلى الورثه .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الروايتين الانتقال .

والرواية الثانية : لا تنتقل . نقلها ابن منصور . وصححه الناظم . ونصره فى الانتصار .

ويأتى ذلك فى آخر القسمة بأتم من هذا .

ولهذا الخلاف فوائد يأتى بيانها قريباً .

ولا فرق فى ذلك بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ، ولا بين الديون الثابتة فى الحياة ، والمتجددة بعد الموت بسبب يقتضى الضمان ، كحفر بئر ونحوه . صرح به القاضى .

وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ؟ .

قال فى القواعد : صرح به جماعة . منهم صاحب الترغيب فى التفليس .

وقال فى الفوائد : ظاهر كلام طائفة : اعتباره ، حيث فرضوا المسألة فى الدين المستغرق .

ومنهم : من صرح بالمنع من الانتقال ، وإن لم يكن مستغرقاً . ذكره فى مسائل الشفعة .

وعلى القول بالانتقال : يتعلق حق الغرماء بها جميعها ، وإن لم يستغرقها الدين . صرح به فى الترغيب .

وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن ، أو جناية ؟ فيه خلاف .

قال فى القواعد : صرح الأكثرون : أنه كتعلق الرهن . ويفسر بثلاثة أشياء

وقال فى الفوائد : يتحرر الخلاف بتحرير مسائل .

إحداها : هل يتعلق جميع الدين بالتركة . وبكل جزء من أجزائها ، أم يتقسط ؟

صرح القاضى فى خلافه بالأول ، إن كان الوارث واحداً . وإن كان متعدداً انقسم على قدر حقوقهم . وتعلق بحصة كل وارث منهم قسطها من الدين ، وبكل

جزء منها ، كالعبد المشترك إذا رهنه الشريكان بدين عليهما .

والثانية : هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف ؟ سيأتى ذلك فى فوائد الروايتين .

والثالثة : هل يتعلق الدين بعين التركة مع الذمة ؟ فيه ثلاثة أوجه .

وقال فى موضع آخر : هل الدين باق فى ذمة الميت ، أو انتقل إلى ذمم الورثة ، أو هو متلعق بأعيان التركة لاغير ؟ فيه ثلاثة أوجه .

أحدها : ينتقل إلى ذمم الورثة . قاله القاضى فى خلافه ، وأبو الخطاب فى انتصاره ، وابن عقيل . وقيده القاضى فى المجرد بالمؤجل .

قال فى الفروع : وفى الانتصار ، الصحيح : أنه فى ذمة الميت فى التركة . انتهى

ومنهم : من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم .

والوجه الثانى : هو باق فى ذمة الميت . ذكره القاضى أيضاً ، والآمدى ، وابن عقيل فى فنونه ، والمصنف فى المغنى . وهو ظاهر كلام الأصحاب فى ضمان دين الميت .

والوجه الثالث : يتعلق بأعيان التركة فقط . قاله ابن أبى موسى .

ورد بلزوم براءة ذمة الميت فيها بالتلف .

ويأتى هذا أيضاً فى باب القسمة .

إذا عرف هذا : فللخلاف فى أصل المسألة ــ وهو كون الدين يمنع الانتقال أم لا ؟ فوائد كثيرة . ذكرها ابن رجب فى الفوائد من قواعده .

منها : نفوذ تصرف الورثة فيها ببيع أو غيره من العقود .

فعلى الثانية : لا إشكال فى عدم النفوذ .

وعلى المذهب قيل : لاينفذ . قاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى باب الشركة من كتابيهما .

وحمل القاضى فى المجرد رواية ابن منصور على هذا .

وقيل ينفذ : قاله القاضى ، وابن عقيل فى الرهن والقسمة ، وجعلاه المذهب .

قال فى القاعدة الثالثة والخمسين : أصح الوجهين : صحة تصرفهم . انتهى .

وإنما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان . قاله القاضى .

قال : ومتى خلى الورثة بين التركة و بين الغرماء : سقطت مطالبتهم بالديون . ونصب الحاكم من يوفيهم منها . ولم يملكها الغرماء بذلك .

وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيها طولبوا بالديون كلها .

وفى الكافى : إنما يضمنون الأقل من قيمة التركة أو الدين .

وعلى الأول : ينفذ العتق خاصة ، كعتق الراهن . ذكره فى الانتصار .

وحكى القاضى فى المجرد — فى باب العتق فى نفوذ العتق ، مع عدم العلم — وجهين ، وأنه لا ينفذ مع العلم .

وجعل المصنف فى الكافى مأخذهما : أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة ؛ هل يملك الورثة إسقاطها بالتزامهم الأداء من عندهم أم لا ؟

وفى النظريات لابن عقيل : عتق الورثة ينفذ مع يسارهم ، دون إعسارهم . اعتباراً بعتق موروثهم فى مرضه .

وهل يصح رهن التركة عند الغرماء ؟ قال القاضى فى المجرد : لا يصح .

ومنها : نماء التركة .

فعلى الثانية : يتعلق حق الغرماء به أيضاً .

وعلى المذهب : فيه وجهان . هل يتعلق حق الغرماء بالنماء أم لا ؟ وأطلقهما فى القواعد .

وقال فى القاعدة الثانية والثمانين ، إن قيل : إن التركة باقية على حكم ملك الميت : تعلق حق الغرماء بالنماء كالمرهون . ذكره القاضى ، وابن عقيل .

وينبغى أن يقال : إن قلنا : تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه ،

فالأمر كذلك . وإن قلنا : تعلق جناية لايمنع التصرف ، فلا يتعلق بالنماء .

وأما إن قلنا : لا تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد الموت : لم تتعلق حقوق الغرماء بالنماء . ذكره القاضى ، وابن عقيل .

وخرج الآمدى ، وصاحب المغنى : تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضاً ، كتعلق الرهن .

وقد ينبنى ذلك من أصل آخر . وهو أن الدين هل هو باق فى ذمة الميت ، أو انتقل إلى ذمة الورثة ، أو هو متعلق بأعيان التركة لاغير ؟ وفيه ثلاثة أوجه . وقد تقدمت قبل الفوائد .

قال : فعلى القول الثالث : يتوجه أن لاتتعلق الحقوق بالنماء . إذ هو كتعلق الجناية .

وعلى الأولين : يتوجه تعلقها بالنماء كالرهن .

ومنها : لو مات وعليه دين ، وله مال زكوى . فهل تبتدىء الورثة حول الزكاة من حين الموت ، أم لا ؟

فعلى الثانية : لا إشكال فى أنه لاتجرى فى حوله حتى تنتقل إليه .

وعلى المذهب : ينبنى على أن الدين : هل هو مضمون فى ذمة الوارث ، أم هو فى ذمة الميت خاصة ؟

فإن قلنا : هو فى ذمة الوارث ـ وكان مما يمنع الزكاة ـ انبنى على الدين المانع : هل يمنع انعقاد الحول فى ابتدائه ، أو يمنع الوجوب فى انتهائه خاصة ؟ فيه روايتان . ذكرهما المجد فى شرحه .

والمذهب : أنه يمنع الانعقاد . فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال

وإن قلنا : إنما يمنع وجوب الزكاة فى آخر الحول : منع الوجوب هنا آخر الحول فى قدره أيضاً .

وإن قلنا : ليس فى ذمة الوارث شيء ، فظاهر كلام أصحابنا : أن تعلق الدين بالمال مانع .

ومنها : لو كان له شجر وعليه دين فمات . فهنا صورتان .

إحداهما : أن يموت قبل أن يثمر ، ثم يثمر قبل الوفاء . فينبنى على أن الدين هل يتعلق بالنماء ؟

فإن قلنا : يتعلق به ، خرج على الخلاف فى منع الدين الزكاة فى الأموال الظاهرة ، على ماتقدم .

وإن قلنا : لايتعلق به ، فالزكاة على الوارث .

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك إليه .

أما إن قلنا : لاينتقل الملك ، فلا زكاة عليه ، إلا أن ينفك التعلق قبل بدو الصلاح .

الصورة الثانية : أن يموت بعد ما أثمرت . فيتعلق الدين بالثمرة .

ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب : فقد وجبت عليه الزكاة ، إلا أن نقول : إن الدين يمنع الزكاة فى المال الظاهر .

وإن كان قبل الوجوب ، فإن قلنـا : تنتقل التركة إلى الورثة مع الدين ؛ فالحـكم كذلك .

وإن قلنا : لاتنتقل ، فلا زكاة عليهم .

وهذه المسألة تدل على أن النماء المنفصل يتعلق به حق الغرماء بلا خلاف .

وقال فى الفروع : وإن مات بعد أن أثمرت : تعلق بها الدين . ثم إن كان بعد وقت الوجوب : ففى الزكاة روايتان . وكذا إن كان قبله ، وقلنا : تنتقل التركة مع الدين ، وإلا فلا زكاة . انتهى .

وكذا قال ابن تميم وابن حمدان فى باب زكاة الزروع والثمار .

ومنها : لو مات وله عبيد وعليه دين . وأَهَلَّ هلال الفطر .

فعلى المذهب : فطرتهم على الورثة .

وعلى الثانية : لافطرة لهم على أحد .

ومنها : لو كانت التركة حيواناً .

فعلى المذهب : النفقة عليهم .

وعلى الثانية : من التركة كمؤنة . وكذلك مؤنة المال ، كأجرة المخزن ونحوه .

ومنها : لو مات المدين وله شقص ، فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء .

فعلى المذهب : لهم الأخذ بالشفعة .

وعلى الثانية : لا .

ولو كان الوارث شريك الموروث و بيع نصيب الموروث فى دينه .

فعلى المذهب : لا شفعة للوارث .

وعلى الثانية : له الشفعة .

ومنها : لو وطىء الوارث الجارية الموروثة ـ والدين يستغرق التركة ـ فأولدها

فعلى المذهب : لا حد عليه . و يلزمه قيمتها .

وعلى الثانية : لا حد أيضاً لشبهة الملك ، وعليه قيمتها ومهرها . ذكره فى الانتصار . ففائدة الخلاف حينئذ فى المهر .

ومنها : لو تزوج الابن أمة أبيه ، ثم قال : إن مات أبى فأنت طالق . وقال أبوه : إن مت فأنت حرة ، ثم مات وعليه دين يستغرق التركة : لم تعتق .

وهل يقع الطلاق ؟ قال القاضى فى المجرد : يقع . وقال ابن عقيل : لايقع .

فقول ابن عقيل : مبنى على المذهب .

وقول القاضى : مبنى على الثانية .

وكذلك إذا لم يدبرها الأب سواء .

وقيل : يقع الطلاق على المذهب أيضاً .

ومنها : لو أقر لشخص ، فقال : له فى ميراثه ألف .

فالمشهور : أنه متناقض فى إقراره .

وقال فى التلخيص : يحتمل أن يلزمه . إذ المشهور عندنا : أن الدين لايمنع

الميراث . فهو كما لو قال : له فى هذه التركة ألف . فإنه إقرار صحيح .

وعلى هذا : إذا قلنا : يمنع الدين الميراث ، كان مناقضاً بغير خلاف .

ومنها : لو مات وترك ابنين وألف درهم ، وعليه ألف درهم دين ، ثم مات أحد الابنين ، وترك ابناً . ثم أبرأ الغريم الورثة .

فذكر القاضى : أن ابن الابن يستحق نصف التركة بميراثه عن أبيه .

وذكره فى موضع إجماعاً . وعلله فى موضع بأن التركة تنتقل مع الدين . فانتقل ميراث الابن إلى ابنه .

ويفهم من هذا : أنه على الثانية : يختص به ولد الصلب ، لأنه هو الباقى من الورثة .

ومنها : رجوع بائع المفلس فى عين ماله بعد موت المفلس ، ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف .

فإن قلنا : ينتقل امتنع رجوعه . وإن قلنا : لاينتقل ، رجع . ولا سيما والحق هنا متعلق فى الحياة تعلقاً متأكداً .

ومنها : مانقل عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم وعليه ألفا درهم ، وليس له وارث غير ابنه . فقال ابنه لغرمائه : اتركوا هذه الألف بيدى ، وأخرونى فى حقوقكم ثلاث سنين ، حتى أوفيكم جميع حقوقكم . قال : إذا كانوا استحقوا قبض هذه الألف ، وإنما يؤخرونه ليوفيهم لأجل ، فتركوها فى يديه : فهذا لاخير فيه ، إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخروه فى الباقى ماشاءوا .

قال فى القواعد ، قال بعض شيوخنا : تخرج هذه الرواية على القول بأن التركة لاتنتقل . قال : وإن قلنا : تنتقل جاز . وهو أقيس بالمذهب ، ذكره فى القواعد .

ومنها : ولاية المطالبة بالتركة إذا كانت ديناً ونحوه .

فنص الإمام أحمد رحمه الله فى وديعة لايدفعها إلا إلى الغرماء والورثة جميعاً .

وهو يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة . وحمله القاضى على الاحتياط .

قال فى القواعد : وظاهر كلامه — إن قلنا : التركة ملك لهم — فلهم ولاية الطلب والقبض ، و إن قلنا : ليست ملكا لهم ، فليس لهم الاستقلال بذلك .

وقال المجد : عندى أن النص على ظاهره . لأن الورثة والغرماء تتعلق حقوقهم بالتركة ، كالرهن والجانى . فلا يجوز الدفع إلى بعضهم . انتهى الكلام على القوائد ملخصاً .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ غَرِيمٌ بَعْدَ قَسْمِ مَالِهِ : رَجَعَ عَلَى الغُرماءِ بِقِسْطِهِ ﴾ هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

لكن قال المصنف ، والشارح : هذه قسمة بان الخطأ فيها . فأشبه مالو قسم أرضاً أو ميراثاً بين شركاء ، ثم ظهر شريك آخر ، أو وارث آخر .

قال الأزجى : فلو كان له ألف اقتسمها غريماه نصفين ، ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما : رجع على كل واحد بثلث ماقبضه من غير زيادة .

وأصل هذا : مالو أقر أحد الوارثين بوارث . فإنه يأخذ مافى يده إذا كان ابناً وهما ابنان .

قال فى الفروع : كذا قال . وهو كما قال فى الثانية . بل هو خطأ فيها .

قال فى الفروع : فظاهر كلامهم : يرجع على من أتلف ماقبضه بحصته .

ثم قال : و يتوجه كمفقود رجع بعد قسمة وتلف .

وفى فتاوى المصنف : لو وصل مال الغائب ، فأقام رجل بينة أن له عليه ديناً وأقام آخر بينة أن له عليه ديناً أيضاً . فقال : إن طالبا جميعاً اشتركا ، و إن طالب أحدهما : اختص به لاختصاصه بما يوجب التسليم . وعدم تعلق الدين بماله .

قال فى الفروع : ومراده : ولم يطالب أصلا ، و إلا شاركه مالم يقبضه .

قوله ﴿ وَإِنْ بَقِيَ عَلَى الْمُفْلِسِ بَقِيَّةٌ وَلَهُ صَنْعَةٌ ، فَهَلْ يُجْبَرُ عَلَى إِجَارِ نَفْسِهِ لِقَضَائِهَا ؟ على روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح

إحداهما : يجبر . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز ، ونظم المفردات ، والمنور ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والحاويين . وصححه فى التصحيح ، والرعايتين ، وشرح ابن منجا ، والنظم . ونصره المصنف ، والشارح . وهو من المفردات .

والرواية الثانية : لا يجبر . قدمه فى إدراك الغاية ، وشرح ابن رزين . كما لايجبر على قبول الهدية والصدقة والقرض والهبة والوصية والخلع والتزويج . حتى أم ولده ، وأخذ الدية على قود .

وقيل : لاتسقط ديته بعفوه على غير مال أو مطلقاً ، إن قلنا : يجب بالعمد أحد شيئين .

وتقدم أنه لايجبر على رد مبيع . إذا كان فيه الأحظ .

قال فى التلخيص : هو قياس المذهب .

فعلى المذهب : يبقى الحجر عليه ببقاء دينه إلى الوفاء .

فائدة : الصحيح من المذهب : أنه يجبر على إجار موقوف عليه ، و إجار أم ولده إذا استغنى عنها .

قال فى الفروع : ويجبر على إجار ذلك فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والقواعد فى أم الولد :

وقيل : لايجبر ، وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ عَنْهُ الْحَجْرُ إِلاَّ بِحُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : ويفتقر زواله إلى حكم فى الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى المغنى والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين والفائق .

وفيه وجه آخر : يزول الحجر بقسم ماله .

تنبيه : يؤخذ من قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِلْمُفْلِسِ حَقٌّ لَهُ بِهِ شَاهِدٌ ، فَأَبَى أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ : لَمْ يَكُنْ لِغُرَمَائِهِ أَنْ يَحْلِفُوا ﴾ .

عدم وجوب اليمين عليه ـ وهو كذلك ـ لاحتمال شبهة .

قوله ﴿ الْحُكْمُ الرَّابِعُ : انْقِطَاعُ الْمُطَالَبَةِ عَنِ الْمُفْلِسِ ، فَمَنْ أَقْرَضَهُ شَيْئًا ، أَوْ بَاعَهُ : لَمْ يَمْلِكْ مُطَالَبَتَهُ حَتَّى يُفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُ ﴾ .

هذا المذهب . وتقدم كلامه فى المبهج فى الجاهل .

وتقدم رواية بصحة إقراره إذا أضافه إلى ماقبل الحجر عند قوله « وإن تصرف فى ذمته بشراء أوضمان أو إقرار صح . ويتبع به بعد فك الحجر عنه » .

قوله ﴿ الضَّرْبُ الثَّانِي : الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ لِحَظِّهِ . وَهُوَ الصَّبِيُّ ، وَالْمَجْنُونُ ، وَالسَّفِيهُ . فَلَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُمْ قَبْلَ الْإِذْنِ ﴾ .

وهذا المذهب فى الجملة . وعليه الأصحاب .

وظاهره : أن هبة الصبى لاتصح ، ولو كان مميزاً . وهو صحيح . وهو المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وسئل الإمام أحمد رحمه الله : متى تصح هبة الغلام ؟ قال : ليس فيه اختلاف إذا احتلم ، أو يصير ابن خمس عشرة سنة .

وذكر بعض الأصحاب رواية فى صحة إبرائه . فالهبة مثله .

ويأتى : هل تصح وصيته وغيرها . أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَمَنْ دَفَعَ إِلَيْهِمْ ﴾ يَعْنِى : إِلى الصبي ، والمجنون ، والسفيه ﴿ مَالَهُ بِبيْعٍ ، أَوْ قَرْضٍ : رَجَعَ فِيهِ مَا كَانَ بَاقِياً . وَإِنْ تَلِفَ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ مَالِكِهِ ، عَلِمَ بِالْحَجْرِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يضمن المجنون .

وقيل : يضمن السفيه إذا جهل أنه محجور عليه .

واختار فى الرعاية الصغرى الضمان مطلقاً . واختاره ابن عقيل . ذكره الزركشى .

قلت : وهو الصواب . كتصرف العبد بغير إذن سيده . والفرق على المذهب عسر .

تنبيه : محل هذا : إذا كان صاحب المال قد سلطه عليه ، كالبيع والقرض ، ونحوهما . كما قال المصنف . فأما إن حصل فى أيديهم باختيار صاحبه من غير تسليط : كالوديعة ، والعارية ، ونحوهما ـ وكذلك العبد ـ مالاً فأتلفوه . فقيل : لا يضمنون ذلك . وقدمه فى الرعاية فى باب الوديعة . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يضمنون . اختاره القاضى .

وقيل : يضمن العبد وحده .

وقد قطع فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمقنع ، والتلخيص وغيرهم : بضمان العبد إذا أتلف الوديعة .

وأطلق فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص : الخلاف فى ضمان الصبى الوديعة إذا أتلفها . وكذلك أطلقه فى الرعايتين . والحاوى الصغير .

وقيل : يضمن العبد وحده .

وقيل : يضمن العبد ، والسفيه .

وأطلقهن فى الفروع ، والفائق .

وأطلقهن المحرر فى باب الوديعة .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف هناك بأتم من هذا محرراً .

قوله ﴿ فَإِنْ جَنَوْا فَعَلَيْهِمْ أَرْشُ الْجِنَايَةِ ﴾ بلا نزاع .

ويضمنون أيضاً : إذا أتلفوا شيئاً لم يدفع إليهم .

قوله ﴿ وَمَتَى عَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّبِيُّ ، وَرَشَدَا : انْفَكَّ الْحَجْرُ عَنْهُمَا بِغَيْرِ حُكْمِ حَاكِمٍ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

وقيل : لا ينفك إلا بحكم حاكم . اختاره القاضى .

وقيل : لا ينفك فى الصبى إلا بحكم حاكم ، وينفك فى غيره بمجرد رشده .

قوله ﴿ وَالْبُلُوغُ : يَحْصُلُ بِالاحْتِلَامِ ﴾ بلا نزاع ﴿ أَوْ بُلُوغُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، أَوْ نَبَاتِ الشَّعْرِ الْخَشِنِ حَوْلَ الْقُبُلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

وحكى عنه رواية : لا يحصل البلوغ بالإنبات .

وقال فى الفائق : ويحصل البلوغ بإكمال خمس عشرة سنة .

وعنه : الذكر وحده .

قوله ﴿ وَتَزِيدُ الْجَارِيَةُ بِالْحَيْضِ وَالْحَمْلِ ﴾ بلا نزاع .

على الصحيح من المذهب .

قال فى المحرر ، والفروع : وحملها دليل إنزالها . وقدره : أقل مدة الحمل .
وكذا قال الزركشى ، وغيرهم .

وعنه لا يحصل بلوغها بغير الحيض . نقلها جماعة .

قال أبو بكر : هذا قول أول .

فائدة : لو وجد منى من ذكر خنثى مشكل : فهو علم على بلوغه . وكونه رجلا . وإن خرج من فرجه أو حاض : كان علماً على بلوغه ، وكونه امرأة .

هذا الصحيح من المذهب . وجزم به فى الكافى . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وصححه فى التلخيص .

قال فى الرعاية : والصحيح : أن الإنزال علامة البلوغ مطلقاً . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقال القاضى : ليس واحداً منهما علماً على البلوغ .

قال فى عيون المسائل : إن حاض من فرج المرأة ، أو احتلم منه ، أو أنزل من ذكر الرجل : لم يحكم ببلوغه . لجواز كونه خلقة زائدة . وإن حاض من فرج النساء ، وأنزل من ذكر الرجل : فبالغ ، بلا إشكال . انتهى .

وإن خرج المنى من ذكره ، والحيض من فرجه : فمشكل . ويثبت البلوغ بذلك . على الصحيح من المذهب .

قال القاضى : يثبت البلوغ به . وجزم به فى الفصول ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، والفروع . وذكره فى باب ميراث الخنثى . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وتقدم كلامه فى عيون المسائل .

وقيل : لا يثبت بذلك البلوغ . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وإن خرج المنى والحيض من مخرج واحد : فمشكل بلا نزاع .

وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يحصل البلوغ بذلك . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والثانى : يحصل به .

قلت : وهو أولى . لأنه إن كان ذكراً فقد أمنى . وإن كان أنثى فقد أمنت وحاضت . وكلاهما يحصل به البلوغ .

ثم وجدت صاحب الحاوى الكبير قطع بذلك . وعلله بما قلنا .

قوله ﴿ وَالرُّشْدُ : الصَّلاَحُ فِي الْمَالِ ﴾ .

يعنى لاغير . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال ابن عقيل : الرشد الصلاح فى المال والدين .

قال : وهو الأليق بمذهبنا . قال فى التلخيص : ونص عليه .

فائدة : قوله ﴿ وَلاَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَالَهُ حَتَّى يُخْتَبَرَ ﴾ يعنى : بما يليق به ويؤنس رشده ﴿ فإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلاَدِ التُّجَّارِ : فَبأَنْ يَتَكَرَّرُ مِنْهُ الْبَيْعُ وَالشِّرَاء ، فَلاَ يُغْبَنُ ﴾ .

يعنى لايغبن فى الغالب . ولا يفحش قوله وأن يَحْفَظَ مافى يديه عن صرفه فيما لافائدة فيه ، كالقمار ، والغناء ، وشراء المحرمات . ونحوه .

قال ابن عقيل وجماعة : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أن التبذير والإسراف : ما أخرجه فى الحرام .

قال فى النهاية : أو يصرفه فى صدقة تضر بعياله ، أو كان وحده ولم يثق بإيمانه .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إذا أخرج فى مباح قدراً زائداً على المصلحة . انتهى . وهو الصواب .

تنبيه : دخل فى كلام المصنف : إذا بلغت الجارية ورشدت : دفع إليها مالها . وهو الصحيح من المذهب ، كالغلام . وعليه أكثر الأصحاب .

وعنه لايدفع إلى الجارية مالها ، ولو بعد رشدها ، حتى تتزوج وتلد ، أو تقيم فى بيت الزوج سنة . اختاره جماعة من الأصحاب . منهم أبو بكر ، والقاضى ، وابن عقيل فى التذكرة ، والشيرازى فى الإيضاح .

قال الزركشي : وهو المنصوص . وأطلقهما في المذهب .

فعلى هذه الرواية : إذا لم تتزوج فقيل : يبقى الحجر عليها . وهواحتمال للمصنف وغيره .

وقيل : تبقى مالم تعنس .

قال القاضي : عندي أنها إذا لم تتزوج يدفع إليها مالها ، إذا عنست و برزت للرجال . وهو الصواب . واقتصر عليه في الكافي . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَوَقْتُ الاخْتِبارِ: قَبْلَ البُلُوغ ﴾ .

وهذا المذهب بلا ريب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه بعده . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والتلخيص .

وقيل : بعده للجارية لنقص خبرتها ، وقبله للغلام .

فائدة : لا يختبر إلا المميز والمراهق الذي يعرف البيع والشراء والمصلحة والمفسدة ، و بيع الاختبار وشراؤه صحيح بلا نزاع .

وتقدم في أول كتاب البيع : التنبيه على ذلك ، وحكم تصرفه بإذن وليه .

قوله ﴿ وَلا تثبتُ الوِلاَيَةُ عَلَى الصَّبِيِّ والمجْنُونِ إلاّ لِلأَبِ ﴾ .

يستحق الأب الولاية على الصغير والمجنون بلا نزاع . لكن بشرط أن يكون رشيداً . و يكفي كونه مستور الحال ، على الصحيح من المذهب .

قال في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم : وليهما الأب ما لم يعلم فسقه .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : يشترط عدالته ظاهراً و باطناً .

قال في المنور : وولي الصبي والمجنون الأب ، ثم الوصي العدلان . وأطلقهما في الفروع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ ثُمَّ لِوَصِيِّهِ . ثُمَّ لِلْحَاكِمِ ﴾

أن الجد والأم وسائر العصبات ليس لهم ولاية . وهو المذهب الذى عليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ما جزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والمحرر ، والنظم .

وعنه : للجد ولاية . فعليها : يقدم على الحاكم بلا نزاع . ويقدم على الوصى على الصحيح .

قال فى الفائق : وهو المختار . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

قلت : وهو الصواب . وجزم به فى الزبدة .

وقيل : يقدم الوصى عليه . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والنظم ، والفائق .

وذكر القاضى : أن للأم ولاية .

وقيل : لسائر العصبة ولاية أيضاً بشرط العدالة . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق . ثم قال ، قلت : ويشهد له حجر الابن على أبيه عند خرفه . انتهى .

قلت : الذى يظهر أنه حيث قلنا : للأم والعصبة ولاية : أنهم كالجد فى التقديم على الحاكم وعلى الوصى ، على الصحيح .

فائدتان

إحداهما : يشترط فى الحاكم ما يشترط فى الأب . فإن لم يكن كذلك ، أو لم يوجد حاكم : فأمين يقوم به . اختاره الشيخ تقى الدين . وقال : الحاكم العاجز كالعدم .

الثانية : يلى كافر عدل مال ولده الكافر ، على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . واختاره الأصحاب .

قال فى الحاويين ، والفائق : ويلى الكافر العدل فى دينه : مال ولده . على أصح الوجهين . وصححه شيخنا فى تصحيح المحرر . وقدمه فى الرعايتين .

وقيل : لا يليه ، وإنما يليه الحاكم . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والفروع .

ويأتى : هل يلى مال الذمية التى يلى نكاحها من مسلم ؟ فى باب أركان النكاح عند قوله « ويلى الذمى نكاح موليته » مع أن الحكم هنا يشمله .

قوله ﴿ وَلَاَ يَجُوزُ لِوَلِيِّهِما أَنْ يَتَصَرَّفَ فِى مَالِهِما . إِلاَّ عَلَى وَجْهِ الحَظِّ لَهُمَا ﴾ .

بلا نزاع . فإن تبرع ، أو حابى ، أو زاد على النفقة عليهما ، أو على من يلزمهما مؤنته بالمعروف : ضمن . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به الأكثرون

وقال فى الرعايتين : ضمن فى الأصح .

وقيل : لا يضمن .

قلت : وهذا ضعيف جداً .

قوله ﴿ وَلا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِىَ مِنْ مَالِهِمَا شَيْئاً لِنَفْسِهِ ، وَلاَ يَبِيعَهُمَا إِلاَّ الأَبُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : يجوز للوصى الشراء من مالهما إن وكل من يبيعه هو ، ويستقصى فى الثمن بالنداء فى الأسواق . قاله فى الرعاية .

قوله ﴿ وَلِوَلِيِّهِمَا مُكَاتَبَةُ رَقِيقِهِمَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

إلا أنه قال فى الترغيب : يجوز ذلك لغير الحاكم .

تنبيه : مفهوم **قوله ﴿ وَعِتْقُهُ عَلَى مَالٍ ﴾ .**

أنه لا يجوز عتقه مجانا مطلقاً . وهو الصحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه يجوز مجانا لمصلحة . اختاره أبو بكر ، بأن تساوى أمة وولدها مائة و يساوى أحدهما مائة .

قلت : ولعل هذا كالمتفق عليه .

فائدة : من شرط صحة مكاتبة رقيقهما وعتقه على مال : أن يكون فيه حظ لهما مثل : أن يساوى ألفاً فيكاتبه على ألفين ، أو يعتقه عليهما ونحو ذلك . فإن لم يكن فيه حظ لهما لم يصح .

قوله ﴿ وَتَزْوِيجُ إِمَائِهِمَا ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : وله تزويج إمائهما إذا وجب تزويجهن ، بأن يطلبن ذلك ، أو يرى المصلحة فيه . وقطعا به .

قال فى الفروع ، والرعاية الكبرى : له ذلك على الأصح . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والوجيز ، وغيرهم .

وعنه : لا يجوز ذلك .

وعنه : يجوز لخوف فساده ، و إلا لم يجز .

فائدة : العبيد فى ذلك كالإماء ، خلافاً ومذهباً . على الصحيح من المذهب .

وعنه : لا يزوج الأمة و إن جاز تزويج العبد ، لتأكد حاجته إليها .

قلت : يحتمل العكس ، لرفع مؤنتها وحصول صداقها ، بخلاف العبد .

قوله ﴿ وَالسَّفَرُ بِمَالِهِمَا ﴾ .

إذا أراد الولى السفر بمالهما ، فلا يخلو : إما أن يسافر به لتجارة ، أو غيرها . فإن سافر به لتجارة جاز . لا أعلم فيه خلافاً . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والكافى ، وغيرهم . لكن لا يتجر إلا فى المواضع الآمنة .

وحمل الشارح وابن منجا كلام المصنف عليه .

وإن سافر به لغير التجارة ، مثل أن يعرض له سفر : جاز . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والمحرر ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال القاضى فى المجرد : ولا يسافر به . وجزم به فى الكافى ، والمغنى ، والشرح .

وظاهر كلامه فى الفروع : إجراء الخلاف فى ذلك . فإنه قال : وله السفر بماله ، خلافاً للمجرد ، والمغنى والكافى .

وليس بمراد . لأنه قطع فى الكافى والمغنى بجواز السفر به للتجارة ، ومنع من السفر لغيرها .

قوله ﴿ وَالْمُضَارَبَةَ بِهِ ﴾

يعنى أن للولى أن يبيع و يشترى فى مال المولَّى عليه بلا نزاع . لكن لا يستحق أجرة . بل جميع الربح للمولى عليه . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : و إن اتجر بنفسه فلا أجرة له فى الأصح . وجزم به فى الكافى ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز . وقدمه فى المغنى . وصححه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقيل : يستحق الأجرة . وهو تخريج فى المغنى وغيره من الأجنبى . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . ذكره عنه فى الفائق .

قلت : وهو قوى .

قوله ﴿ وَلَهُ دَفْعُهُ مُضَارَبَةً ﴾

هذا الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب . وعنه لا يجوز .

قوله ﴿ بِجُزْءٍ مِنَ الرِّبْحِ ﴾

هو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والكافى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : بأجرة مثله . وقيل : بأقلهما . اختاره ابن عقيل .

قوله ﴿ وَبَيْعُهُ نَسَاءً ﴾

هذا الصحيح من المذهب ، بشرط أن يكون فيه مصلحة .

قال فى الفروع : وله بيعه نساء على الأصح .

قال فى الوجيز : و بيعه نساء مليئاً برهن يحفظه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والحاويين ، وغيرهم .

وعنه : ليس له ذلك .

قوله ﴿ وَقَرْضُهُ ﴾

يجوز قرضه لمصلحة . على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وهو من المفردات .

قال فى الوجيز : ولمصلحة يقرضه .

قال فى الفروع : وله قرضه ، على الأصح ، لمصلحة .

قال فى الرعاية الكبرى : وله قرضه على الأصح مليئاً . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمحرر ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق .

قال فى المغنى ، والشرح : يقرضه لحاجة سفر ، أو خوف عليه ، أو غيرهما .

وعنه لايقرضه مطلقاً .

قوله ﴿ بِرَهْنٍ ﴾

هذا أحد الوجهين . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والهادى ، والرعايتين ، والنظم ، والحاويين ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . فقال : يقرضه برهن .

قال ناظم المفردات : قطع به فى المغنى .

قال فى الفروع : وسياق كلامهم : لحظه .

وقال فى المستوعب : وفى قرضه برهن و إشهاد روايتان .

وقال فى الترغيب : وفى قرضه برهن روايتان . انتهى .

والصحيح من المذهب : جواز قرضه للمصلحة ، سواء كان برهن أولا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الشرح ، والفروع .

قال فى المحرر : و يملك قرضه .

قال فى الكافى : فإن لم يأخذ رهناً جاز فى ظاهر كلامه . واقتصر عليه . وأطلقهما فى الفائق .

فوائد

الأولى : قال فى المغنى ، والشرح : فإن أمكن أخذ الرهن . فالأولى له أخذه احتياطاً . فإن تركه : احتمل أن يضمن إن ضاع المال لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن . لأن الظاهر سلامته .

وهذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله لكونه لم يذكر الرهن .

قلت : إن رأى المصلحة وأقرضه ثم تلف : لم يضمن . وأطلقهما فى الفائق .

الثانية : يجوز إيداعه مع إمكان قرضه . ذكره فى المغنى ، والشرح .

قال فى الفروع ، فظاهره : متى جاز قرضه جاز إيداعه .

وظاهر كلام الأكثر : يجوز إيداعه . لقولهم ، يتصرف بالمصلحة ، وقد يراه مصلحة . ولهذا جاز ــ مع إمكان قرضه ــ أن يملكه الشريك ، فى إحدى الروايتين ، دون القرض . لأنه تبرع . والوديعة استنابة فى حفظ . ولا سيما إن جاز

للوكيل التوكيل . ولهذا يتوجه فى المودع رواية . ويتوجه أيضاً فى قرض الشريك رواية .

قال ، وقال فى الكافى : لايودعه إلا لحاجة . ويقرضه لحظه بلا رهن ، وأنه لو سافر أودعه . وقرضه أولى . انتهى .

الثالثة : حيث قلنا : يقرضه . فلا يقرضه لمودة ومكافأة . نص عليه .

الرابعة : قال فى الرعاية الكبرى ، وغيره : ولا يقترض وصى ولا حاكم منه شيئاً . ويأتى فى باب الشفعة : أنه يلزمه أن يأخذ بالشفعة إذا كان ذلك أحظ .

الخامسة : يجوز رهن مالهما للحاجة عند ثقة . وللأب أن يرتهن مالهما من نفسه . ولا يجوز لغيره على المذهب .

وفى المغنى رواية : بالجواز لغيره .

قال الزركشى : وفيها نظر .

قوله ﴿ وَشِرَاءُ العقَارِ لَهُمَا . وَلَهُ بِنَاؤُهُ بِمَا جَرَتْ عَادَةُ أَهْلِ بَلَدِهِ بِهِ ﴾

هكذا قال المصنف فى المغنى ، والشرح ، وصاحب الرعايتين ، والحاويين ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس . وغيرهم .

قال المصنف : والشارح ، وقال أصحابنا : يبنيه بالآجر والطين . ولا يبنيه باللبن وحملا كلامهم على من عادتهم ذلك ، وهو أولى .

وأجراه فى الفائق على ظاهره . وجعل الأول اختيار المصنف .

قوله ﴿ وَلَهُ شِرَاءُ الأُضْحِيَةِ لِلْيَتِيمِ الْمُوسِرِ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾

وهو المذهب . يعنى يستحب له شراؤها .

قال فى الفروع : والتضحية له على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين هنا . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم .

وعنه : لايجوز له ذلك .

قال المصنف فى المغنى : يحتمل أن يحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله فى الروايتين على حالين .

فالموضع الذى مَنَع منه : إذا كان الطفل لايعقل التضحية ، ولا يفرح بها ، ولا ينكسر قلبه ، بتركها .

والموضع الذى أجازها : عكس ذلك . انتهى .

وذكره فى النظم قولا . وأطلق الروايتين فى المستوعب ، والرعاية فى باب الأضحية .

وذكر فى الانتصار عن الإمام أحمد رحمه الله : تجب الأضحية عن اليتيم الموسر .

فعلى المذهب : يحرم عليه الصدقة منها بشىء . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم . فيعابى بها .

قلت : ولو قيل بجواز التصدق منها بما جرت العادة به : لـكان متجهاً ، على ماتقدم التنبيه عليه فى بابه .

فائدتان

إحداهما : له تعليمه ماينفعه ، ومداواته بأجرة لمصلحة فى ذلك . وحمله بأجر ليشهد الجماعة . قاله فى المجرد ، والفصول . واقتصر عليه أيضاً فى الفروع .

قال فى المذهب : له أن يأذن له بالصدقة بالشىء اليسير . واقتصر عليه أيضاً فى الفروع .

الثانية : للولى أن يأذن للصغيرة أن تلعب باللعب إذا كانت غير مصورة ، وشراؤها لها بمالها . نص عليهما . وهذا المذهب .

وقيل : من ماله . وصححه الناظم فى آدابه .

وهما احتمالان مطلقان فى التلخيص فى باب اللباس

قوله ﴿ وَلاَ يَبِيعُ عَقَارَهُم إلاَّ لِضَرُورَةٍ ، أَوْ غِبْطَةٍ . وَهُوَ أَنْ يُزَادَ فِى ثَمَنِهِ الثُّلُثُ فَصَاعِداً ﴾

اشترط المصنف ـ رحمه الله ـ لجواز بيع عقارهم وجود أحد شيئين : إما الضرورة ، وإما الغبطة .

فأما الضرورة : فيجوز بيعه لها بلا نزاع . ولـكن خص القاضى الضرورة باحتياجهم إلى كسوة أو نفقة ، أو قضاء دين ، أو مالا بد منه .

وقال غيره : أو يخاف عليه الهلاك بغرق أو خراب أو نحوه .

ومفهوم كلام المصنف : أنه لايجوز إذا لم تـكن ضرورة ، وهو أحد الوجهين . اختاره القاضى . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والحاويين ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وكلامهم كـكلام المصنف . وقدمه فى الرعاية الـكبرى .

والصحيح من المذهب : جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره المصنف فى غير هذا الـكتاب . واختاره الشارح ، والفائق . ومال إليه فى الرعاية الـكبرى .

قال الناظم : هذا أولى . وقدمه فى الفروع .

وأما الغبطة : فيجوز بيعه لها ، بلا نزاع ، لـكن اشترط المصنف « أَنْ يُزَادَ فِى ثَمَنِهِ الثُّلُثُ فَصَاعِدًا » وهو أحد الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والهادى ، والحاويين .

وقال القاضى : بزيادة كثيرة ظاهرة على ثمن مثله . ولم يقيده بالثلث ولا غيره . وقدمه فى الرعايتين .

والصحيح من المذهب : جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة . نص عليه ، كما تقدم . سواء حصل زيادة أولا . اختاره المصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين والناظم .

قال فى الرعاية الـكبرى : هذا نصه . ومال إليه . وقدمه فى الفروع ، والفائق

قوله ﴿ وَمَنْ فُكَّ عَنْهُ الْحجْرُ فعَاوَدَ السَّفَهَ : أُعِيدَ عَلَيْهِ الحَجْرُ ﴾

بلا نزاع . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْظُرُ فِي مَالِهِ إلاَّ الحَاكِمُ ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : ينظر فيه الحاكم ، أو أبوه .

قال ابن أبى موسى : حجر الأب على ابنه البالغ السفيه واجب على أصوله ، حاكما كان أو غير حاكم .

وقيل : ينظر فيه وليه الأول ، كما لو بلغ سفيها .

وقيل : إن زال الحجر بمجرد رشده بلا حكم عاد بالسفه .

فائدة : لو جن بعد رشده فوليه ولى الصغير[1] على الصحيح من المذهب .

وقيل : الحاكم . قدمه[2] فى الرعاية الكبرى .

وقال فى الانتصار : يلى على أبويه المجنونين .

ونقل المروذى : أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف ، أو كان يضع ماله فى الفساد ، أو شراء المغنيات .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ الحَجْرُ إلاَّ بِحُكْمٍ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : يفتقر إلى حكم فى الأصح .

قال الزركشى : هذا الصحيح . وجزم به فى المنتخب ، وغيره . وقدمه فى الشرح وغيره .

---

(١) وفى الأحمدية « فوليه الحاكم »

(٢) وفى الأحمدية « بل يليه الأب . ذكره »

وقيل : ينفك عنه الحجر بمجرد رشده . اختاره أبو الخطاب .

وقيل : ينفك عنه بمجرد رشده فى غير السفيه . فأما فى السفيه : فلابد من الحكم بفكه .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ ويَصِحُّ تَزَوُّجُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ﴾ أنه لايصح بغير إذنه . وله حالتان .

إحداهما : أن يكون محتاجاً إلى الزواج . فيصح تزوجه بغير إذنه ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : يصح فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره .

وقيل : لايصح . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والكافى ، وغيرهم . لأنهم قالوا : يصح بإذنه .

وقال القاضى : يصح بغير إذنه . وأطلقهما فى البلغة .

والحالة الثانية : أن لايكون محتاجاً إليه . فلا يصح تزوجه ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يصح فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح فى باب أركان النكاح . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، وغيرهم .

وقيل : يصح . واختاره القاضى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قال فى الوجيز : و يصح تزوجه ، وأطلق . وأطلقهما فى البلغة .

فوائد

الأولى : للولى تزويج السفيه بغير إذنه إذا كان محتاجاً إليه ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وله تزويج سفيه بلا إذنه فى الأصح .

قال الشارح ـ فى باب أركان النكاح ـ قال أصحابنا : يصح تزويجه من غير إذنه . لأنه عقد معاوضة . فملكه أولى ، كالبيع . وكذا قال المصنف فى المغنى .

وقيل : ليس له ذلك . اختاره المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية الكبرى : والمنع أقيس .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى الرعايتين فى باب النكاح .

فعلى المذهب : فى إجباره وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير فى النكاح .

قلت : الأولى الإجبار إذا كان أصلح له

وقال ابن رزين فى شرحه فى النكاح : والأظهر أنه لايجبره . لأنه لامصلحة فيه .

وظاهر نقل المصنف فى المغنى والشارح : أن الأصحاب قالوا : له إجباره .

الثانية : لو أذن له ، ففى لزوم تعيين المرأة وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لايلزمه بالتعيين ، بل هو مخير . وهو الصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : الولى مخير بين أن يعين له المرأة ، أو يأذن له مطلقاً . ونصراه . وهو الصواب . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : يلزمه تعيين المرأة له . ويتقيد بمهر المثل ، على الصحيح من المذهب . ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها ، كتزويجه بها فى أحد الوجهين .

والثانى : تبطل هى للنهى عنها . فلا يلزم أحداً .

قلت : ويحتمل أن تلزم الولى .

وإن عضله الولى استقل بالزواج ، كما تقدم قريباً .

ويأتى بعض ذلك فى باب أركان النكاح .

الثالثة : لو علم من السفيه أنه يطلق إذا زوج : اشترى له أمة .

الرابعة : يصح خلعه ، كطلاقه وظهاره ولعانه وإيلائه ، لكن لايقبض العوض . فإن قبضه : لم يصح قبضه . على الصحيح من المذهب .

وقال القاضى : يصح .

فعلى المذهب : لو أتلفه لم يضمن . ولا تبرأ المرأة بدفعها إليه .

الخامسة : لو وجب على السفيه كفارة كفر بالصوم . على الصحيح من المذهب كالمفلس .

قلت : فيعايى بها .

وقيل : يكفر به إن لم يصح عتقه ، على مايأتى قريباً .

فعلى المذهب : لو فك عنه الحجر قبل التكفير ، وقدر على العتق : أعتق .

السادسة : ينفق عليه بالمعروف . فإن أفسدها دفع إليه يوماً بيوم . فلو أفسدها أطعمه بحضوره .

وإن أفسد كسوته ستر عورته فقط فى البيت إن لم يمكن التحيل ولو بتهديد . وإذا رآه الناس ألبسه . فإذا عاد نزع عنه .

السابعة : يصح تدبيره ووصيته . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايصح .

ويأتى وصيته فى كتاب الوصايا فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَهَلْ يَصِحُّ عِتْقُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحاوى الصغير .

إحداهما : لايصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال الزركشى ، فى كتاب العتق : هذا أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية الكبرى : يصح عتقه على الأضعف .

قال فى الفائق : ولا ينفذ عتقه فى أصح الروايتين . وصححه فى النظم . وقدمه فى الكافى ، وغيره .

والرواية الثانية : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى التبصرة ؛ على ماتقدم فى كتاب البيع .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الكبير : ويصح عتقه المنجز ، فى أصح الروايتين .

وتقدم : هل يصح بيعه إذا أذن له الولى ؟ فى كتاب البيع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ : صَحَّ ، وَأُخِذَ بِهِ ﴾

إذا أقر بحد : استوفى منه بلا نزاع . وإن أقر بقصاص ، فطلب إقامته : كان لربه استيفاء ذلك بلا نزاع .

لكن لو عفا على مال : احتمل أن يجب . واحتمل أن لا يجب ، لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال . وقاعدة المذهب : سد الذرائع . وهو الصواب . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

فائدة : لا يفرق السفيه زكاة ماله بنفسه . ولا تصح شركته ، ولا حوالته . ولا الحوالة عليه ، ولا ضمانه ، ولا كفالته .

ويصح منه نذر كل عبادة بدنية من حج وغيره .

ولا يصح منه نذر عبادة مالية ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح نذرها وتفعل بعد فك حجره .

قال فى الكافى : قياس قول أصحابنا : يلزمه الوفاء به عند فك حجره كالإقرار .

وتقدم فى أوائل كتاب الحج « إذا أحرم السفيه نفلا » .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ : لَمْ يَلْزَمْهُ فِى حَالِ حَجْرِهِ ﴾

يعنى يصح إقراره . ولا يلزمه فى حال حجره . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى الفروع : والأصح صحة إقراره بمالٍ ، لزمه باختيار أولا .

قال فى الوجيز : و إن أقر بدين ، أو بما يوجب مالا : لزمه بعد حجره ، إن علم استحقاقه فى ذمته حال حجره . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَيَلْزَمَهُ مُطْلَقًا ﴾

و إليه ميل الشارح . واختاره المصنف .

فعلى هذا : لايصح إقراره بمال .

وتقدم بعض أحكام السفيه فى أوائل كتاب البيع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَلِلْوَلِيِّ أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْمُوَلَّى عَلَيْهِ ﴾ ولو لم يقدره الحاكم . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب بشرطه الآتى .

وقال فى الإيضاح : يأكل إذا قدره الحاكم و إلا فلا .

تنبيه آخر : ظاهر قوله ﴿ وَيَأْكُلُ بِقَدْرِ عَمَلِهِ ﴾ جواز أكله بقدر عمله ، ولو كان فوق كفايته . وعلى ذلك شرح ابن منجا . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب .

والصحيح من المذهب : أنه لايأكل إلا الأقل من أجرة مثله ، أو قدر كفايته . جزم به فى الخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب .

قلت : ويمكن أن يقال : هذا الظاهر مردود بقوله (إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ) لأنه إذا أخذ قدر عمله ، وكان أكثر من كفايته : لم يكن محتاجاً إلى الفاضل عن كفايته فلم يجز له أخذه . وهو واضح .

أو يقال : هل الاعتبار بحالة الأخذ ؟ ويحتمله كلام المصنف . أو حيث استغنى امتنع الأخذ ؟

قوله ﴿ إِذَا احْتَاجَ إِلَيْهِ ﴾

الصحيح من المذهب : أنه لايأكل من مال المولى عليه إلا مع فقره وحاجته . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى الوجيز : ويأكل الفقير من مال موليه الأقل من كفايته أو أجرته مجانا ، إن شغله عن كسب مايقوم بكفايته . وكذا قال غيره من الأصحاب .

وقال ابن عقيل : يأكل وإن كان غنياً ، قياساً على العامل فى الزكاة . وقال : الآية محمولة على الاستحباب . وحكاه رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقال ابن رزين : يأكل فقير ومن يمنعه من معاشه بالمعروف .

تنبيه : محل ذلك فى غير الأب . فأما الأب : فيجوز له الأكل مع الحاجة وعدمها فى الحكم . ولا يلزمه عوضه . على مايأتى فى باب الهبة .

قال القاضى : ليس له الأكل لأجل عمله ، لغناه عنه بالنفقة الواجبة فى ماله . ولكن له الأكل بجهة التملك عندنا .

وضعف ذلك الشيخ تقى الدين رحمه الله .

ومحل الخلاف أيضاً : إذا لم يفرض له الحاكم . فإن فرض له الحاكم شيئاً : جاز له أخذه مجاناً مع غناه بغير خلاف . قاله فى القاعدة الحادية والسبعين . وقال : هذا ظاهر كلام القاضى .

ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله فى رواية البرزاطى فى الأم الحاضنة

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُهُ عِوَضُ ذَلِكَ إِذَا أَيْسَرَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، وشرح ابن منجا ، والمحرر ، والفائق والقواعد الفقهية .

إحداهما : لا يلزمه عوضه إذا أيسر . وهو الصحيح من المذهب .

وقال فى الفروع : ولا يلزمه عوضه بيساره . على الأصح . وصححه المصنف والشارح ، وصاحب التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

والرواية الثانية : يلزمه عوضه إذا أيسر .

قال فى الخلاصة : ويلزمه عوضه إذا أيسر على الأصح .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ يُخَرَّج فِى النَّاظِرُ فِى الْوَقْفِ ﴾ .

خرجه أبو الخطاب وغيره .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية أبى الحارث وحرب : جواز الأكل منه بالمعروف . قاله فى الفروع ، وغيره .

قال فى الفائق ــ بعد ذكر التخريج ــ قلت : وإلحاقه بعامل الزكاة فى الأكل مع الغنى : أولى . كيف وقد نص الإمام أحمد على أكله منه بالمعروف ، ولم يشترط فقراً ؟ ذكره الخلال فى الوقف .

قال فى رواية أبى الحارث : وإن أكل منه بالمعروف فلا بأس . قلت : فيقضى دينه ؟ قال : ماسمعت فيه شيئا . انتهى .

وعنه : يأكل إذا اشترط .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا يقدم بمعلومه بلا شرط ، إلا أن يأخذ أجرة عمله مع فقره ، كوصى اليتيم .

وفرق القاضى بين الوصى والوكيل . لأنه يمكنه موافقته على الأجرة . والوكيل يمكنه .

ونقل حنبل ــ فى الولى والوصى يقومان بأمره ــ يأكلان بالمعروف . لأنهما كالأجير والوكيل .

وظاهر هذا : النفقة للوكيل .

فائدتان

إحداهما : الحاكم أو أمينه إذا نظر فى مال اليتيم ، فقال القاضى مرة : لا يأكل . وإن أكل الوصى . وفرق بينه وبين الوصى .

وقال مرة : له الأكل . كوصى الأب .

قلت : وهو الصواب . وهو داخل فى عموم كلام المصنف وغيره .

الثانية : الوكيل فى الصدقة لا يأكل منها شيئا لأجل العمل . نص عليه .

وقد صرح القاضى فى المجرد بأن من أوصى إليه بتفرقة مال على المساكين ، أو دفع إليه رجل فى حياته مالا ليفرقه صدقة : لم يجز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه . لأنه منفعة . وليس بعامل مُنَمٍّ مُثمر .

قوله ﴿وَمَتَى زَالَ الْحَجْرُ، فَادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ تَعَدِّيًا، أَوْ مَا يُوجِبُ ضَمَانًا : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَلِي﴾ بلا نزاع .

جزم به الأصحاب . منهم صاحب الفروع . وقال : ما لم تخالفه عادة وعرف . ويحلف غير الحاكم . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويحلف غير الحاكم على الأصح .

قال فى الرعاية : وغير الحاكم يحلف . على المذهب إن اتهم .

وعنه : يقبل قوله من غير يمين .

قوله ﴿وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِى دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ رُشْدِهِ﴾ .

وهو المذهب . قاله المصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز ، وشرح ابن منجا ، والهداية ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى القواعد وغيره : هذا المذهب .

ويحتمل أن لا يقبل قوله إلا ببينة .

قلت : وهو قوى .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : وخرج طائفة من الأصحاب ـ فى وصى اليتيم ـ أنه لا يقبل قوله فى الرد بدون بينة . وعزاه القاضى فى خلافه إلى قول الخرقى وهو متوجه على هذا المأخذ . لأن الإشهاد بالدفع مأمور به بنص القرآن .

وقد صرح أبو الخطاب فى انتصاره باشتراط الشهادة عليه ، كالنكاح . انتهى .

تنبيه : محل هذا : إن كان متبرعاً .

فأما إن كان بجعل : فلا يقبل قوله إلا ببينة . على الصحيح من المذهب . ذكره فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم فى الرهن .

وقيل : يقبل مطلقاً . وهو ظاهر كلام المصنف وجماعة .

فائدة : يقبل قول الأب ، والوصى ، والحاكم ، وأمينه ، وحاضن الطفل ، وقَيِّمه ، حال الحجر و بعده ، فى النفقة وقدرها وجوازها ووجود الضرورة والغبطة والمصلحة فى البيع والتلف .

و يحتمل أن لا يقبل قوله إلا فى الأحظية فى البيع إلا ببينة . فلو قال « مات أبى من سنة » أو قال « أنفقت علىّ من سنة » فقال الوصى : بل من سنتين . قدم قول الصبى .

قوله ﴿ وَهَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَحْجُرَ عَلَى امْرَأَتِهِ فِى التَّبَرُّعِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْ مَالِهَا ؟ عَلَى روايتين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والرعاية الكبرى .

إحداهما : ليس له منعها من ذلك . وهو المذهب . اختاره المصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح ، والفائق ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، ونهاية ابن رزين ، ونظمها ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والمحرر . ذكره فى آخر باب الهبة .

قال فى تجريد العناية : وتتصدق من مالها بما شاءت . على الأظهر .

والرواية الثانية : له منعها من الزيادة على الثلث . فلا يجوز لها ذلك إلا بإذنه . ونصره القاضى وأصحابه . وصححه فى الخلاصة . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، وشرح ابن رزين .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا كانت رشيدة . فأما غير الرشيدة : فهى ممنوعة مطلقاً .

الثانى : مفهوم قوله « بما زاد على الثلث » أنه لا يحجر عليها فى التبرع بالثلث فأقل . وهو صحيح . وهو المذهب .

قال فى الكافى : وهو قول أصحابنا . وصححه فى الفائق ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

وعنه : له ذلك . صححها فى عيون المسائل . فلا ينفذ عتقها . وأطلقهما فى الكافى .

ويأتى فى آخر الباب « إذا تبرعت من مال زوجها » .

قوله ﴿ يَجُوزُ لِوَلِيِّ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ : أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي التجَارَةِ ، فى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهى المذهب . وعليه الأصحاب .

والرواية الثانية : لا يجوز .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ ذَلِكَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلاَ يَنْفَكُّ عَنْهُمَا الحجْرُ إِلاَّ فِيمَا أُذِنَ لَهُمَا فِيه ﴾ .

ينفك عنهما الحجر فيما أذن لهما فيه ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . ونص عليه .

وفى طريقة بعض الأصحاب : لا ينفك الحجر عنهما . لأنه لو انفك لما تصور عوده ، ولما اعتبر علم العبد بإذنه .

قوله ﴿ وفى النوع الَّذى أُمِرَا بِهِ ﴾ .

يعنى ينفك عنهما الحجر فى النوع الذى أمرا به فقط . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وذكر فى الانتصار رواية : أنه إن أذن لعبده فى نوع ، ولم ينهه عن غيره ملكه .

فائدة : قال فى الفروع : وظاهر كلامهم : أنه كمضارب فى البيع نسيئة وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِى جَمِيعِ أَنْوَاعِ التِّجَارَةِ : لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يُؤَجِّرَ نَفْسَهُ ، وَلاَ أَنْ يَتَوَكَّلَ لِغَيْرِهِ ﴾ .

بلا نزاع . لكن فى جواز إجارة عبيده و بهائمه خلاف فى الانتصار .

قوله ﴿ وَإِنْ رَآهُ سَيِّدُهُ أَوْ وَلِيُّهُ يَتَّجِر ، فَلَمْ يَنْهَهُ : لَمْ يَصِرْ مَأْذُونًا لَهُ ﴾

بلا نزاع . لكن قال الشيخ تقى الدين : الذى ينبغى أن يقال ــ فيما إذا رأى عبده يبيع فلم ينهه ، وفى جميع المواضع ــ أنه لا يكون إذناً ، ولا يصح التصرف . ولكن يكون تغريراً . فيكون ضامناً ، بحيث إنه ليس له أن يطالب المشترى بالضمان . فإن ترك الواجب عندنا كفعل المحرم ، كما نقول فيمن قدر على إنجاء إنسان من هلكة . بل الضمان هنا أقوى .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَهُ بِنَفْسِهِ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما مبنيان على الخلاف فى جواز توكيل الوكيل . على ما يأتى فى بابه .

وهذه طريقة الجمهور . منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب الهداية ،

والمستوعب ، والفروع ، وابن منجا فى شرحه ، وغيرهم ، وصاحب التلخيص أيضاً فى هذا الباب .

وقال فى التلخيص ، فى باب الوكالة : ليس له أن يوكل بدون إذن أو عرف . جعله أصلا فى عدم توكيل الوكيل .

فائدة : هل للصبى المأذون له أن يوكل ؟ قال فى الكافى : هو كالوكيل .

قلت : لو قيل بعدم جوازه مطلقاً ، لكان متجها .

قوله ﴿ وَمَا اسْتَدَانَ العَبْدُ فَهُوَ فِى رَقَبَتِهِ يَفْدِيهِ سَيِّده ، أَوْ يُسَلِّمُهُ وَعَنْهُ : يَتَعَلَّقُ بِذِمَتِهِ ، يُتْبَعُ بِهِ بَعْدَ العِتْقِ ، إلاّ المأْذُونَ لَهُ : هَلْ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ أَوْ ذِمَّةِ سَيِّدِهِ ؟ على روايتين ﴾

ذكر المصنف للعبد إذا استدان حالتين .

إحداهما : أن يكون غير مأذون له . فلا يصح تصرفه ، لكن إن تصرف فى عين المال ـ إما لنفسه أو للغير ـ فهو كالغاصب ، أو كالفضولى ، على ماهو مقرر فى مواضعه .

و إن تصرف فى ذمته بشراء أو قرض : لم يصح ، على الصحيح من المذهب .

وعنه : يصح ، و يتبع به بعد عتقه . ذكره فى الفروع فى كتاب البيع .

وذكر المصنف الخلاف ، وصاحب الشرح وغيرهما : احتمالين ، وصاحب التلخيص وجهين .

فعلى المذهب : إن وجد ما أخذه فله أخذه منه ومن السيد إن كان بيده . فإن تلف من العبد فى يد السيد رجع عليه بذلك . و إن شاء كان متعلقاً برقبة العبد . قاله المصنف وغيره .

و إن أهلكه العبد ، فقدم المصنف : أنه يتعلق برقبته يفديه سيده أو يسلمه . وهو المذهب . ونقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه أكثر الأصحاب .

منهم الخرقى ، وأبو بكر ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : هذا المشهور . وهو من المفردات .

والرواية الثانية : يتعلق بذمته ، ويتبع به بعد العتق . وقدمه فى الخلاصة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والزركشى . وتقدم رواية حنبل .

وعنه : إن فداه فداه بكل الحق بالغاً مابلغ . ذكرها فى التلخيص وغيره .

وعنه إن علم رب العين أنه عبد فلا شىء له . نص عليه فى رواية حنبل كما تقدم .

فعلى المذهب : لو أعتقه سيده . فعلى السيد الذى عليه . نقله أبو طالب ، واقتصر عليه فى الفروع .

وعلى الرواية الثانية ، فى أصل المسألة ـ وهو صحة تصرفه إذا تلف ـ ضمنه بالمسمى

وعلى المذهب : يضمنه بمثله إن كان مثلياً ، و إلا بقيمته .

وعلى الرواية الثالثة أيضاً : إن وجده فى يد العبد انتزعه صاحبه منه لتحقق إعساره . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم .

و إن كان فى يد السيد : لم ينتزع منه ، على الصحيح من المذهب . جزم به المصنف ، والشارح وغيرهما .

قال الزركشى : هذا المشهور .

واختار صاحب التلخيص : جواز الانتزاع منه . انتهى .

و إن تلف فى يد السيد لم يضمنه . وهل يتعلق ثمنه برقبة العبد أو بذمته ؟ على الخلاف المتقدم . وكذا إن تلف فى يد العبد المسمى ، فمقتضى كلام المجد : أنه لايتبرع ، و إن كان بيد العبد . وأن الثمن يتعلق بذمته . قاله الزركشى .

قال : ويظهر قول المجد : إن علم البائع أو المقرض بالحال ، وإن لم يعلم ، فيتوجه قول الأكثرين .

الحالة الثانية : أن يكون مأذوناً له ، ويستدين . فيتعلق بذمة سيده . على الصحيح من المذهب . لأنه تصرف لغيره . ولهذا له الحجر عليه . وتصرف فى بيع خيار بفسخ أو إمضاء ، وثبوت الملك . وينعزل وكيله بعزل سيده للموكل . فلذلك تعلق بذمة سيده . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز « والمنور » وناظم المفردات « وغيرهم .

قال الزركشى : هذا المشهور من الروايات . واختيار القاضى ، والخرقى وأبى الخطاب ، وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة « والرعايتين ، والفروع « والحاويين ، وغيرهم . وصححه فى التصحيح ، والنظم « وغيرهما . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : يتعلق برقبته . وأطلقهما المصنف هنا ، وصاحب الهداية « والمذهب ، والتلخيص ، والشرح ، والزركشى ، وغيرهم .

قال الزركشى : وبنى الشيخ تقى الدين رحمه الله الروايتين على أن تصرفه مع الإذن هل هو لسيده . فيتعلق بذمته كوكيله ، أو لنفسه فيتعلق برقبته ؟ على روايتين . انتهى .

وعنه : يتعلق بذمة سيده و برقبته .

وذكر فى الوسيلة رواية : يتعلق بذمة العبد .

ونقل صالح وعبد الله : يؤخذ السيد بما استدان لما أذن له فيه فقط .

ونقل ابن منصور : إذا ادّان فعلى سيده ، وإن جنى فعلى سيده .

وقال فى الروضة : إن أذن مطلقاً : لزمه كل ما ادّان . وإن قيده بنوع لم يذكر فيه استدانة ، فبرقبته كغير المأذون .

تنبيهات

الأول : يكون التعلق بالدين كله ، على الصحيح من المذهب . نقله الجماعة عن

الإمام أحمد رحمه الله . واختاره جماعة من الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

وفى الوسيلة : يتعلق بقدر قيمته . ونقله مهنا .

الثانى : محل الخلاف المتقدم فى الحالتين : إنما هو فى الديون .

أما أروش جنايته ، وقيم متلفاته : فتتعلق برقبته رواية واحدة . قاله المصنف ، والشارح وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وتقدم قريباً رواية ابن منصور : إن جنى فعلى سيده .

الثالث : عموم كلام المصنف ، وكثير من الأصحاب : يقتضى جريان الخلاف وإن كان فى يده مال . وهو صحيح . وقطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وجعل ابن حمدان فى رعايته محل الخلاف : فيما إذا عجز ما فى يده عن الدين .

فائدتان

إحداهما : حكم ما استدانه أو اقترضه بإذن السيد حكم ما استدانه للتجارة بإذنه . قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الرعاية ، وغيرهم .

وقطع فى التلخيص والبلغة بلزومه للسيد ، وكذا قال الشيخ تقى الدين . وهو ظاهر كلام المجد .

الثانية : لا فرق فيما استدانه بين أن يكون فيما أذن له فيه ، أو فى الذى لم يؤذن له فيه ، كما لو أذن له فى التجارة فى البر فيتجر فى غيره . قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الرعاية ، والفروع ، وغيرهم . ونقله أبو طالب .

قال الزركشى : وفيه نظر . وهو كما قال .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ المَأْذُونَ لَهُ شَيْئًا : لَمْ يَصِحَّ ، فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . واختاره

ابن عبدوس وغيره . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

قوله ﴿وَيَصِحُّ فِى الآخرِ إذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقدر قِيمَتِه﴾

وهو رواية فى الرعاية ، والحاوى ، والفائق وغيرهم . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وقيل : يصح مطلقا . ذكره فى الفروع .

وأما شراء السيد من عبده : فيأتى فى كلام المصنف فى المضاربة فى قوله « وكذا شراء السيد من عبده » .

فائدة : لو ثبت على عبد دين ـ زاد فى الرعاية : أو أرش جناية ـ ثم ملكه من له الدين أو الأرش : سقط عنه ذلك ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، وغيره .

وقيل : لايسقط . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع . ذكروه فى كتاب الصداق .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ إقْرَارُ المَأْذُونِ فِى قَدْرِ مَا أُذِنَ لَهُ فِيهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال أبو بكر ، وابن أبى موسى : إنما يصح إقرار الصبى فيما أذن له فيه من التجارة ، إن كان يسيرا .

وأطلق فى الروضة : صحة إقرار المميز .

وذكر الأدمى البغدادى : أن السفيه والمميز إن أقرا بحد أو قود أو نسب أو طلاق : لزم . وإن أقرا بمال أخذ بعد الحجر .

قال فى الفروع : كذا قال . وإنما ذلك فى السفيه . وهو كما قال .

ويأتى ذلك فى كتاب الإقرار بأتم من هذا .

ويأتى هناك إقرار العبد غير المأذون له فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَإِنْ حُجِرَ عَلَيْهِ وَفِى يَدِهِ مَالٌ ، ثُم أُذِنَ لَهُ فَأَقَرَّ بِهِ : صَحَّ ﴾

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال : ذكره الأزجى وصاحب الترغيب وغيرهما .

وقيل : إنما ذلك فى الصبى فى الشىء اليسير .

ومنع فى الانتصار عدم الصحة ، ثم سلم ذلك .

فائدة : لو اشترى من يعتق على سيده بلا إذنه : صح .

قال فى الرعاية الكبرى : صح فى الأصح . وجزم به فى الهداية ، ورءوس المسائل له .

وأقره فى شرح الهداية . وجزم به أيضاً فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه ابن رزين فى شرحه فى باب المضاربة .

وقيل : لا يصح . صححه فى النظم ، وشيخنا فى تصحيح المحرر . واختاره القاضى قاله المجد فى شرحه ، والمصنف فى المغنى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح فى باب المضاربة ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق . والفروع . وزاد : لو اشترى من يعتق على امرأته وزوج صاحبة المال .

وقال فى الرعاية الكبرى ، فى باب الكتابة : وإن اشترى زوجته : انفسخ نكاحها . وإن اشترى زوجة سيده : احتمل وجهين . انتهى .

وكذا الحكم لو اشترى امرأة سيده ، أو صاحبة المال . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم فى باب المضاربة .

فعلى الأول : لو كان عليه دين . فقيل : يباع فيه . قدمه فى الرعاية الكبرى . وقيل : يعتق . وهو احتمال فى الرعاية . وأطلقهما فى الفروع .

ويأتى نظيرها « لو اشترى المضارب من يعتق على رب المال فى المضاربة » .

وقد تقدم فى أول كتاب الزكاة : هل يملك العبد بالتمليك أم لا ؟ وذكرنا هناك فوائد جمة . ذكرها أكثر الأصحاب هنا . فلتراجع هناك .

قوله ﴿ وَلاَ يَبْطُلُ الْإِذْنُ بِالإِبَاقِ ﴾

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ولا يبطل إذنه بإباقه فى الأصح . واختاره القاضى . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس .

وقيل : يبطل . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المستوعب .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى التلخيص .

فائدة : لو دبره ، أو استولدها : لم يبطل إذنه . جزم به فى الفروع .

وفى بطلان إذنه بكتابة وحرية وأسر : خلاف فى الانتصار .

وفى الموجز والتبصرة : يزول ملكه بحرية وغيرها ، كحجر على سيده .

وقال فى الرعاية الكبرى ، والمستوعب : يبطل إذنه بخروجه عن ملكه ببيع أو هبة أو صدقة أو سبي . وجزما بأنه يبطل إذنه بإيلادها وهو بعيد .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ تَبَرُّعُ الْمَأْذُونِ لَهُ بِهِبَةِ الدَّرَاهِمِ وَكُسْوَةِ الثِّيَابِ ﴾

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ ﴾ يعنى للعبد ﴿ هَدِيَّتُهُ لِلْمَأْكُولِ وَإِعَارَةُ دَابَّتِهِ ﴾

وكذا عمل دعوة ونحوه من غير إسراف فى الكل . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لايجوز . اختاره الأزجى .

قوله ﴿ وَهَلْ لِغَيْرِ المَأْذُونِ لَهُ الصَّدَقَهُ مِنْ قُوتِهِ بِالرَّغِيفِ إذَا لَمْ يَضُرُّ بِهِ ؟ على روايتين ﴾

يعنى للعبد . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق .

إحداهما : يجوز له ذلك . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وغيرهما . واختاره ابن عبدوس ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر . والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لايجوز .

فائدة : لاتصح هبة العبد إلا بإذن سيده . نص عليه فى رواية حنبل .

قال الحارثى : وهذا على كلا الروايتين : الملك ، وعدمه .

قوله ﴿ وَهَلْ لِلمَرْأَةِ الصَّدَقَةُ مِنْ بَيْتِ زَوْجِهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ بِنَحْوِ ذَلِكَ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والكافى ، والتلخيص ، والفائق .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، والنظم ، وغيرهم .

قال الناظم وغيره : لها ذلك مالم يمنعها . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وغيره . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع .

وقال : والمراد إلا أن يضطرب العرف ، ويشك فى رضاه . أو يكون بخيلا ، وتشك فى رضاه . فلا يصح .

والرواية الثانية: لايجوز . نقلها أبو طالب ، كصدقة الرجل من طعام المرأة . وكمن يطعمها بفرض ولم يعلم رضاه .

قال فى الفروع : ولم يفرق الإمام أحمد رحمه الله :

باب الوكالة

فائدة « الوكالة » عبارة عن إذن فى تصرف يملكه الآذن فيما تدخله النيابة . قاله فى الرعاية الكبرى .

وقال فى الوجيز : هى عبارة عن استنابة الجائز التصرف مثله فيما له فعله حال الحياة .

وقال الزركشى : هى فى الاصطلاح : التفويض فى شىء خاص فى الحياة . وليس بجامع .

وقال فى المستوعب : هى عبارة عن استنابة الغير فيما تدخله النيابة .

قوله ﴿ تَصِحُّ الوَكَالَةُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الإِذْنِ ﴾

كقوله « وكلتك فى كذا » أو « فوضته إليك » أو « أذنت لك فيه » أو « بعه » أو « أعتقه » أو « كاتبه » ونحو ذلك . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

ونقل جعفر : إذا قال « بع هذا » ليس بشىء ، حتى يقول « قد وكلتك »

قال فى المغنى ، ومن تبعه ـ قبل قول الخرقى . و إذا وكله فى طلاق زوجته بسطرين ـ هذا سهو من الناسخ .

وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل . وهو الذى نقله الجماعة . انتهى .

وتأوله القاضى على التأكيد ، لنصه على انعقاد البيع باللفظ والمعاطاة . فكذا الوكالة .

قال ابن عقيل : هذا دأب شيخنا : أن يحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله على أظهره ، و يصرفه عن ظاهره . والواجب أن يقال : كل لفظ رواية . و يصحح الصحيح .

قال الأزجى : ينبغى أن يعول فى المذهب على هذا حتى لا يصير المذهب رواية واحدة . وقال الناظم :

وكل مقال يفهم منه الإذن صحّحن   به عقـدها من مطلق ومقيد
وعنه : سوى فوضت أمر كذا له   ووكلته فيه اردده فنَفِّد

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره : عدم صحة الوكالة بالفعل الدال عليها من الموكل ، وهو صحيح .

وقال فى الفروع : دل كلام القاضى المتقدم على انعقاد الوكالة بالفعل من الموكل الدال عليها ، كالبيع . قال : وهو ظاهر كلام الشيخ — يعنى به المصنف — فيمن دفع ثوبه إلى قصار ، أو خياط . وهو أظهر . انتهى .

قوله ﴿ وَكُلُّ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ يَدُلُّ عَلَى القَبُولِ ﴾ .

يصح القبول بكل قول من الوكيل يدل عليه . بلا نزاع . وكذا كل فعل يدل عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره ، وصححه . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى القواعد : صرح به الأصحاب .

وقيل : لا ينعقد القبول بالفعل .

فوائد

الأولى : مثل ذلك سائر العقود الجائزة ، كالشركة ، والمضاربة ، والمساقاة ، فى أن القبول يصح بالفعل .

قال فى القواعد : ظاهر كلام صاحب التلخيص ، أو صريحه : أن هذه العقود مثل الوكالة .

الثانية : يشترط لصحة الوكالة تعيين الوكيل . قاله القاضى ، وأصحابه ، وغيرهم . فى مسألة : تصدّقْ بالدين الذى عليك .

وقال أبو الخطاب فى الانتصار : لو وكل زيداً ، وهو لا يعرفه ، أو لم يعرف الوكيل موكله : لم تصح .

الثالثة : تصح الوكالة مؤقتة بلا نزاع ، ومعلقة بشرط . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به أكثرهم ، كوصية ، وإباحة أكل ، وقضاء ، وإمارة ، وكتعليق تصرف . كقوله « وكلتك الآن أن تبيع بعد شهر » أو « تعتقه إذا جاء المطر » أو « تطلق هذه إذا جاء زيد » .

وقال فى عيون المسائل ـ فى تعليق وقف بشرط ـ : لا يصح تعليق توكيل . لأنه علقه بصفة ، وأنه يصح تعليق تصرف .

وقيل : لا يصح تعليق فسخ .

الرابعة : لو أبى أن يقبل الوكالة قولا أو فعلا . فهو كعزله نفسه . قاله فى الرعاية الكبرى .

قلت : ويحتمل لا .

قوله ﴿ وَلاَ يجُوزُ التَّوْكِيلُ وَالتَّوَكُّلُ فِى شَىْءٍ ، إلاَّ مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ﴾ .

هذا المذهب . من حيث الجملة .

فعلى هذا : لو كله فى بيع ما سيملكه ، أو فى طلاق من يتزوجها : لم يصح . إذ البيع والطلاق لم يملكه فى الحال . ذكره الأزجى . وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع .

وذكر غيره ـ منهم صاحب الرعاية الكبرى ـ لو قال : إن تزوجت هذه

فقد وكلتك فى طلاقها ، و إن اشتريت هذا العبد ، فقد وكلتك فى عتقه : صح .
إن قلنا : يصح تعليقهما على ملكيهما ، وإلا فلا .

وقال فى التلخيص : قياس المذهب : صحة ما إذا قال : إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك فى طلاقها .

قال فى القواعد : ويتخرج وجه لا يصح .

تنبيه : يستثنى من هذه القاعدة : صحة توكيل الحر الواجد الطول فى قبول نكاح الأمة لمن تباح له ، وصحة توكيل الغنى فى قبض الزكاة لفقير . لأن سلبهما القدرة تنزيهاً لمعنى يقتضى منع الوكالة ، قاله الأصحاب .

وليس للمرأة أن تطلق نفسها . ويجوز أن تطلق نفسها بالوكالة ، وامرأة غيرها .

ويجوز للرجل أن يقبل نكاح أخته من أبيه لأجنبي ونحو ذلك . قاله فى الوجيز وغيره .

فائدة : صحة وكالة المميز فى الطلاق وغيره : مبنى على صحته منه ، على الصحيح من المذهب .

وفى الرعاية : فيه لنفسه ، أو غيره : روايتان بلا إذن . وفيه فى المذهب لنفسه روايتان .

ويأتى فى كلام المصنف : لو وكل العبد فى شراء نفسه من سيده . وأحكاماً أخر .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِى حَقِّ كُلِّ آدَمِىٍّ : مِنَ الْعُقُودِ ، وَالْفُسُوخِ ، وَالْعِتْقِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالرَّجْعَةِ ﴾ .

يشمل كلامه : الحوالة ، والرهن ، والضمان ، والكفالة ، والشركة ، والوديعة ، والمضاربة ، والجعالة ، والمساقاة ، والإجارة ، والقرض ، والصلح ، والهبة ، والصدقة ، والوصية ، والإبراء ، ونحو ذلك . لا نعلم فيه خلافاً . وكذا المكاتبة ، والتدبير ، والإنفاق ، والقسمة ، والحكومة . وكذا الوكالة فى الوقف . ذكره الزركشى ، وابن رزين . وحكاه فى الجميع إجماعاً .

تنبيه : قوله ﴿ وَالْعِتْقِ ، وَالطَّلاَقِ ﴾ .

يجوز التوكيل فى العتق والطلاق . بلا نزاع . لكن لو وكل عبده أو غريمه أو امرأته فى إعتاق عبيده ، و إبراء غرمائه ، وطلاق نسائه : لم يملك عتق نفسه ، ولا طلاقها ، ولا إبراءها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يملك ذلك . وجزم به الأزجى فى العتق والإبراء .

فائدتان

إحداهما : لو أذن له أن يتصدق بمال : لم يجز له أن يأخذ منه لنفسه إذا كان من أهل الصدقة . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن بختان ويحتمل الجواز مطلقاً .

ويحتمل الجواز إن دلت قرينة على إرادة أخذه منه . ذكرهما فى المغنى .

ويأتى فى أركان النكاح : هل للوكيل فى النكاح أن يزوج نفسه ، أم لا ؟

الثانية : يجوز التوكيل فى الإقرار .

والصحيح من المذهب : أن الوكالة فيه إقرار . جزم به فى المحرر ، والحاويين ، والفائق ، والفخر فى طريقته .

قال فى الرعاية الصغرى : والتوكيل فى الإقرار : إقرار فى الأصح .

وقال فى الكبرى : وفى صحة التوكيل فى الإقرار والصلح : وجهان .

وقيل : التوكيل فى الإقرار : إقرار .

وقيل : بقول « جعلته مقراً » انتهى .

وظاهر كلام الأكثرين : أنه ليس بإقرار . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع وغيره .

وقال الأزجى : لابد من تعيين مايقر به ، وإلا رجع فى تفسيره إلى الموكل .

قوله ﴿ وَتَمَلُّكُ الْمُبَاحَاتِ مِنَ الصَّيْدِ وَالْحَشِيشِ ونحوه ﴾

كإحياء الموات ، واستقاء الماء . يعنى أنه يجوز التوكيل فى تملك المباحات . لأنه تملك مال بسبب لايتعين عليه . فجاز ، كالابتياع والاتهاب . وهـذا الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وتصح الشركة والوكالة فى تملك مباح فى الأصح . كالاستئجار عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لا يصح .

قلت : والنفس تميل إلى ذلك . لأن الموكل لا يملـكه عنـد الوكالة . وهو من المباحات . فمن استولى عليه ملـكه .

قال فى الرعاية الـكبرى ، وقيل : من وكل فى احتشاش واحتطاب . فهل يملك الوكيل ما أخذه أو موكله ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

قوله ﴿ إِلاَّ الظِّهَارَ وَاللِّعَانَ وَالأَيْمَانَ ﴾

وكذا الإيلاء ، والقسامة ، والشهادة ، والمعصية .

ويأتى حكم الوكالة فى العبادات .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكِّلَ مَنْ يَقْبَلُ لَهُ النِّـكَاحَ وَمَنْ يُزوجُ مُوَلِّيَتَه ﴾ .

هذا المذهب بشرطه . فيشترط لصحة عقد النكاح : تسمية الموكل فى صلب العقد . ذكره فى الانتصار ، والمغنى ، والشرح .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وإن قال « قبلت هـذا النكاح » ونوى أنه قبله لموكله ، و يذكره : صح .

قلت : ويحتمل ضده . بخلاف البيع . انتهى .

قال فى الترغيب : لو قال الوكيل « قبلت نكاحها » ولم يقل « لفلان » فوجهان . وأطلقهما فى الفروع .

ويأتى ذلك أيضاً فى باب أركان النكاح عند قوله « ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه، وإن كان حاضراً » بأتم من هذا .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَصِحُّ مِنْهُ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ وَمُوَلِّيَتِه ﴾ .

فعلى هذا : لايصح توكيل فاسق فى إيجاب النكاح إلا على رواية عدم اشتراط عدالة الولى . على مايأتى فى باب أركان النكاح إن شاء الله تعالى .

وأما قبول النكاح منه : فيصح لنفسه . فكذا يصح لغيره . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وفى قوله ﴿ وَلَا يَصِحُّ التَّوَكِيلُ وَلَا التَّوَكُّلُ فِي شَيْءٍ إِلَّا مِمَّنْ يَصِحُّ تَصَرُّفه فيه ﴾ .

واختاره أبو الخطاب، وابن عقيل، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال المصنف، والشارح : وهو القياس . وقدمه فى الكافى، والمغنى . وصححه ابن نصر الله فى حواشيه .

وقال القاضى : لايصح قبوله لغيره .

قال فى التلخيص : اختاره أصحابنا إلا ابن عقيل . وقدمه فى الرعاية الكبرى وشرح ابن رزين . وصححه الناظم .

قال فى الوجيز : ولا يوكل فاسق فى نكاح . وأطلقهما فى الفروع، والرعاية الصغرى، والحاويين، والفائق .

ويأتى ذلك أيضاً فى أركان النكاح .

وأما السفيه، فقيل : يصح أن يكون وكيلا فى الإيجاب والقبول . اختاره ابن عقيل فى تذكرته .

وقيل : لايصح فيهما . قدمه فى الرعاية الكبرى . وصححه الناظم . وجزم به صاحب الهداية، والمستوعب، والمغنى، والشرح، وابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الفروع، والرعاية الصغرى، والحاويين .

وقيل : يصح فى قبول النكاح دون إيجابه .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن قلنا « يتزوج السفيه بغير إذن وليه » فله أن يوكل ويتوكل فى إيجابه وقبوله ، وإلا فلا . انتهى .

وهو الصواب . وظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وقد تقدم فى الباب الذى قبله : هل للولى أن يزوجه بغير إذنه أم لا ؟ وهل يباشر العقد أم لا ؟ .

ويأتى فى أركان النكاح : هل للوكيل المطلق فى النكاح أن يتزوجها لنفسه أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ فِى كُلِّ حَقٍّ للهِ تَعَالَى تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ مِنَ العِبَادَتِ ﴾ .

كالصَّدَقَاتِ وَالزَّكَوَاتِ وَالمَنْذُورَاتِ والكفارات . بلا نزاع أعلمه .

وأما العبادات البدنية المحضة ـ كالصلاة ، والصوم ، والطهارة من الحدث ـ فلا يجوز التوكيل فيها ، إلا الصوم المنذور يفعل عن الميت ، على ماتقدم فى بابه ، وليس ذلك بوكالة .

ويصح التوكيل فى الحج . وركعتى الطواف فيه تدخل تبعاً له .

قوله ﴿ وَالْحُدُودُ فِى إِثْبَاتِها وَاسْتِيفَائِهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والنظم . واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المغنى ، والشرح وشرح ابن رزين ، ونصروه . وقدمه ابن منجا فى شرحه .

وقال أبو الخطاب : لاتصح الوكالة فى إثباته ، وتصح فى استيفائه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة . وقدمه فى المستوعب .

قال ابن رزين فى شرحه : وليس بشىء . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ الاسْتِيفَاءُ فِي حَضْرَةِ المُوَكِّلِ وَغَيْبَتِـه ، إلاَّ القِصَاصَ وَحَدَّ القَذْفِ ، عِنْدَ بَعْضَ أَصْحَابِنَا : لَا يَجُوزُ فِي غَيْبَتِهِ ﴾ .

منهم ابن بطة ، وابن عبدوس فى تذكرته . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . ذكرها ابن أبى موسى ومن بعده .

قال ابن رزين ، عن هـذا القول : وليس بشىء . والصحيح من المذهب : جواز استيفائهما فى غيبة الموكل .

قال فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين فى شرحه : هذا ظاهر المذهب .

قال ابن منجا فى شرحه ، وصاحب الفائق : هـذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

فعلى المذهب : لو استوفى القصاص بعد عزله ، ولم يعلم : ففى ضمان الموكل وجهان .

قال أبو بكر : لا ضمان على الوكيل .

فمن الأصحاب من قال : لعدم تفريطه .

ومنهم من قال : لأن عفو موكله لم يصح ، حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه . فهو كما لو عفا بعد الرمى .

قال أبو بكر : وهل يلزم الموكل ؟ على قولين .

وللأصحاب طريقة ثانية ، وهى : البناء على انعزاله قبل العلم .

فإن قلنا : لا ينعزل لم يصح العفو ، وإن قلنا : ينعزل صح العفو ، وضمن الوكيل . وهل يرجع على الموكل ؟ على وجهين .

أحدهما : يرجع لتغريره . والثانى : لا .

فعلى هـذا : فالدية على عاقلة الوكيل عند أبى الخطاب ، لأنه خطأ . وعند القاضى : فى ماله ، وهو بعيد . وقد يقال : هو شبه عمد . قاله المصنف .

وللأصحاب طريقة ثالثة ، وهى : إن قلنا لاينعزل : لم يضمن الوكيل . وهل يضمن العامى ؟ على وجهين ، بناء على صحة عفوه ، وترددأ بين تغريره وإحسانه ، وإن قلنا : ينعزل لزمته الدية .

وهل تكون فى ماله أو على عاقلته ؟ فيه وجهان . وهى طريقة أبى الخطاب ، وصاحب الترغيب . وزاد : وإذا قلنا فى ماله ، فهل يرجع بها على الموكل ؟ على وجهين

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِلوَكِيلِ التّوكِيْلُ فِيمَا يَتولَّى مِثلَه بِنفْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه يجوز . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وقواعد ابن رجب وغيرهم .

قوله ﴿ وَكذلكَ الوَصِىُّ وَالحَاكِمُ ﴾ .

يعنى أنه إذا أوصى إليهم فى شىء : هل له أن يوكل من يعمله ؟ وهل للحاكم أن يستنيب غيره فيما يتولى مثله ؟ فقطع المصنف : أن الوصى فى جواز التوكيل وعدمه كالوكيل ، خلافاً ومذهباً . وهو إحدى الطريقتين . وهو المذهب . وهى طريقة القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب الهداية ، والمستوعب ، والمصنف ، والشارح ، وابن رزين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمها فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

والطريقة الثانية : يجوز للوصى التوكيل ، وإن منعناه فى الوكيل . ورجحه القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب أيضاً . وقدمه فى المحرر ، والنظم .

قلت : وهو الصواب . لأنه متصرف بالولاية ، وليس وكيلاً محضاً . فإنه متصرف بعد الموت ، بخلاف الوكيل . ولأنه تعتبر عدالته وأمانته .

وأما إسناد الوصية من الوصى إلى غيره : فيأتى فى كلام المصنف فى باب الموصى إليه .

وأما الحاكم : فقطع المصنف أيضاً : أنه كالوكيل فى جواز استنابة غيره . وهو المذهب . وهو إحدى الطريقتين أيضاً . وهى طريقة القاضى فى المجرد ، والخلاف ، وصاحب الهداية ، والمستوعب ، والمصنف . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والشرح ، وغيرهم .

والطريقة الثانية : يجوز له الاستنابة والاستخلاف . وإن منعنا الوكيل منها . وهى طريقة القاضى فى الأحكام السلطانية ، وابن عقيل . واختاره الناظم . وقدمه فى المحرر . ونص عليه فى رواية مهنا .

قال ابن رجب فى قواعده : بناء على أن القاضى ليس بنائب للامام . بل هو ناظر للمسلمين لا عن ولاية . ولهذا لا ينعزل بموته ولا بعزله . فيكون حكمه فى ولايته حكم الإمام ، بخلاف الوكيل . ولأن الحاكم يضيق عليه تولى جميع الأحكام بنفسه ، ويؤدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة ، فأشبه من وكل فيما لا يمكنه مباشرته عادة لكثرته . انتهى .

وألحق بالحاكم أمينه فى الرعايتين ، والحاويين .

فوائد

تشبه ما تقدم .

منها : الشريك ، والمضارب : هل لهما أن يوكلا أم لا ؟ ويأتى ذلك فى شركة العنان ، ونتكلم عليها هناك .

ومنها : الولى فى النكاح : هل يجوز له أن يوكل أو لا ؟ فلا يخلو : إما أن يكون مجبراً أو لا . فإن كان مجبراً : فلا إشكال فى جواز توكيله . لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة . ولذلك لايعتبر معه إذنها . وقطع بهذا الجمهور .

وقيل : لايجوز . حكاه فى الرعاية الكبرى .

وإن كان غير مجبر : ففيه طريقان .

أحدهما : يجوز له التوكيل . وإن منعنا الوكيل من التوكيل . لأن ولايته ثابتة

بالشرع من غير جهة المرأة . فلا تتوقف استنابته على إذنها كالمجبر . و إنما افترقا على اعتبار إذنها فى صحة النكاح . ولا أثر له هنا . وهذه طريقة المصنف ، والشارح ، وصاحب المحرر ، والنظم ، والفائق ، وشرح ابن رزين وغيرهم .

قلت : وهو أقوى دليلاً ، وهو المذهب .

والطريق الثانى : أن حكمه حكم الوكيل ، خلافاً ومذهباً . قدمه فى الفروع هنا . وقدم فى باب أركان النكاح الأول ، فناقض .

قال ابن رزين فى شرحه ـ عن هذه الطريقة ـ فيها ضعف .

وأطلق فى التلخيص فى إذنها وعدمه روايتين .

ويأتى ذلك فى أركان النكاح عند قوله « ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً » بأتم من هذا .

ومنها : العبد والصبى المأذون لهما : هل لهما أن يوكلا ؟ وتقدم الكلام عليهما فى آخر باب الحجر .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ تَوكيله فِيمَا لاَ يَتَوَلَّى مِثْلَه بِنَفْسِهِ ، أَوْ يَعْجِزُ عَنْهُ لِكَثْرَتِه ﴾ .

بلا نزاع . لكن هل يسوغ له التوكيل فى الجميع ؟ وهو الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع .

وفى القدر المعجوز عنه خاصة ؟ اختاره القاضى ، وابن عقيل . فيه وجهان . وأطلقهما فى القواعد الفقهية ، والزركشى .

فوائد

الأولى : حيث جوزنا له التوكيل ، فمن شرط الوكيل الثانى : أن يكون أميناً ، إلا أن يعينه الموكل الأول .

الثانية : لو قال الموكل للوكيل «وكل عنك» صح . وكان وكيل وكيله . جزم

به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعاية ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وإن قال : « وكل عنى » صح أيضاً . وكان وكيل موكله ، على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والرعاية ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يكون وكيل وكيله أيضاً ، كالأولى . هذا نقله فى الفروع .

وقال فى التلخيص ـ فيما إذا قال « وكل عنى » ـ أنه وكيل الموكل وقطع به .

وقال ـ فيما إذا قال « وكل عنك » ـ هل يكون وكيل الموكل ، أو وكيل الوكيل ؟ يحتمل وجهين . فتعاكسا فى محل الخلاف .

فلعل مافى التلخيص غلط من الناسخ . فإن الطريقة الأولى أصوب . وأوفق للأصول ، أو يكون طريقة . وهو بعيد .

وإن قال « وكل » ولم يقل « عنى » ولا « عنك » فهل يكون وكيل الوكيل كالأولى ، أو وكيل الموكل كالثانية ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

أحدهما : يكون وكيلا للموكل . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، وابن رجب . فى آخر القاعدة الحادية والستين .

والثانى : يكون وكيل الوكيل .

وأما إذا وكل فيما لا يتولى مثله بنفسه ، أو يعجز عنه لكثرته ، أو قلنا : يجوز له التوكيل من غير إذن ، ووكل : فإن الوكيل الثانى وكيل الوكيل . جزم به المصنف والشارح .

الثالثة : حيث حكمنا بأن الوكيل الثانى وكيل للموكل ، فإنه ينعزل بعزله وبموته ونحوه . ويملك الموكل الأول عزله . ولا ينعزل بموته .

وحيث قلنا : هو وكيل الوكيل . فإنه ينعزل بعزله وبموته . وينعزل بعزل

الموكل أيضاً . على الصحيح من المذهب . جزم به فى التلخيص وغيره .

قال فى الفروع : والأصح له عزل وكيل وكيله .

وقال فى الرعاية : له عزله فى أصح الوجهين . وقيل : ليس له عزله .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ تَوْكِيلُ عَبْدٍ غَيْرِهِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ . وَلاَ يَجُوزُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

وفى صحة توكيله فى نكاح بلا إذن سيده وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، وأطلقهما فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق فى صحة قبوله .

أحدهما : لا يصح التوكيل فى الإيجاب ولا القبول . جزم به فى التلخيص .

قال فى الشرح : ولا يجوز توكيل العبد بغير إذن سيده . وهو ظاهر كلامه فى الكافى ، والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والقواعد الأصولية .

والوجه الثانى : يصحان منه . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : يصح فى القبول دون الإيجاب . وهو ظاهر كلامه فى المغنى .

فائدة : لا يشترط إذن سيده فيما يملكه وحده . فيجوز توكيله فى الطلاق من غير إذن سيده ، كما يجوز له الطلاق من غير إذنه . وكذلك السفيه .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ بِإِذْنِهِ فِى شِرَاءِ نَفْسِهِ مِنْ سَيِّدِهِ فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وكذا حكاهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم .

وحكاهما روايتين فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والشرح ، والتلخيص ، والحاوى الكبير ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يصح . وهو المذهب . وجزم به فى الكافى . وصححه فى التصحيح

والنظم ، واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز .

قال فى الرعاية الكبرى : صح فى الأصح .

قال فى القواعد الأصولية : الصحيح الصحة . وقدمه فى الصغرى ، والحاوى الصغير ، والخلاصة ، والمغنى ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : لا يصح .

فعلى المذهب : لو قال « اشتريت نفسى لزيد » وصدقاه : صح . ولو قال السيد « ما اشتريت نفسك إلا لنفسك » عتق . ولزمه الثمن .

وإن صدقه السيد فى الأولى وكذبه زيد : نظرت فى تكذيبه . فإن كذبه فى الوكالة : حلف وبرىء ، وللسيد فسخ البيع .

وإن صدقه فى الوكالة ، وقال « مااشتريت نفسك لى » فالقول قول العبد . قاله فى المغنى ، والشرح .

قال فى الرعاية الكبرى : لو قال « ما اشتريت نفسك منى إلا لك » فقال « بل لزيد » فكذبه زيد : عتق ولزمه الثمن . وإن صدقه لم يعتق . قلت : بلى . انتهى .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وإن وكله بإذنه فى شراء نفسه ﴾ أنه لا يصح توكيله بغير إذن سيده فى شراء نفسه . وهو صحيح . وهو المذهب . وقدمه فى الفروع وغيره . وجزم به كثير من الأصحاب .

وقيل : يصح . وأطلقهما فى القواعد الأصولية .

فائدة : لو وكل عبد غيره بإذن سيده فى شراء عبد غيره من سيده : فهل يصح ؟ على روايتين . وأطلقهما فى الفروع .

إحداهما : يصح . وهو المذهب . جزم به فى الكافى .

قال فى الوجيز : ومن كل عبد غيره بإذن سيده : صح . وقدمه فى المغنى .

والرواية الثانية : لا يصح . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قوله ﴿ الوَكالَةُ عَقْدٌ جَائِزٌ منَ الطَّرَفَيْنِ لِكُلٍّ واحِدٍ مِنْهُمَا فَسْخُهُ ﴾

بلا نزاع .

فلو قال « وكلتك . وكلما عزلتك فقد وكلتك » انعزل بقوله « عزلتك . وكلما وكلتك فقد عزلتك » .

وتسمى الوكالة الدورية . وهو فسخ معلق بشرط . قاله فى الفروع .

والصحيح من المذهب : صحتها . وجزم به فى الرعايتين ، والفائق .

قال فى التلخيص : قياس المذهب : صحة الوكالة الدورية . بناء على أن الوكالة قابلة للتعليق عندنا . وكذلك فسخها .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا تصح . لأنه يؤدى إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة . وذلك تغيير لقاعدة الشرع . وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ . وإنما قصده الامتناع من التوكيل ، وحله قبل وقوعه . والعقود لا تفسخ قبل انعقادها . ذكره ابن رجب فى القاعدة الثامنة عشر بعد المائة .

قوله ﴿ وَتَبْطُلُ بِالْمَوْتِ وَالْجُنُونِ ﴾ .

تبطل الوكالة بموت الوكيل أو الموكل ، بغير خلاف نعلمه . لكن لو وكل ولى اليتيم وناظر الوقف ، أو عقد عقداً جائزاً غيرها ـ كالشركة والمضاربة ـ فإنها لا تنفسخ بموته . لأنه متصرف على غيره . قطع به فى القاعدة الحادية والستين .

وتبطل بالجنون ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى المغنى ، والشرح : تبطل بالجنون المطبق ، بغير خلاف علمناه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا تبطل به . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق .

وقال فى الرعاية الكبرى : وفى جنونه ـ وقيل : المطبق ـ وجهان .

قال الناظم :

وفسق مناف للوكالة مبطل * كذا بجنون مطبق متأطد

وأكثر الأصحاب أطلق الجنون .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ كُلُّ عَقْدٍ جَائِزٍ ﴾ يعنى من الطرفين ﴿ كَالشَّرِكَةِ وَالمضَارَبَةِ ﴾

وكذا الجعالة ، والسبق ، والرمى ، ونحوها .

قوله ﴿ وَلاَ تَبْطُلُ بِالسُّكْرِ وَالإِغْمَاءِ ﴾

أما السكر : فحيث قلنا يفسق . فإن الوكالة تبطل فيما ينافى الفسق كالإيجاب فى عقد النكاح ونحوه ، وإلا فلا .

وأما الإغماء : فلا تبطل به ، قولا واحداً .

قال فى الفصول : لاتبطل فى قياس المذهب . واقتصر عليه .

قوله ﴿ وَالتَعَدِّي ﴾

يعنى لاتبطل الوكالة بالتعدى ، كلبس الثوب ، وركوب الدابة ونحوها .

وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والتلخيص ، وشرح ابن رزين ، والوجيز ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال فى القاعدة الخامسة والأربعين : والمشهور : أنها لاتنفسخ .

قال فى الرعاية الصغرى : تفسد فى الأصح . انتهى .

وذلك لأن الوكالة إذن فى التصرف مع استئمان . فإن زال أحدهما لم يزل الآخر .

وقيل : تبطل الوكالة به . حكاه ابن عقيل فى نظرياته وغيره . وجزم به

القاضى فى خلافه . وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقال فى المستوعب ، ومن تابعه : أطلق أبو الخطاب القول أنها لاتبطل بتعدى الوكيل فيما وكل فيه .

وهذا فيه تفصيل .

وملخصه : أنه إن أتلف بتعديه عين ماوكله فيه : بطلت الوكالة . و إن كانت عين ماتعدى فيه باقية : لم تبطل . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح وغيرهما . وهو مراد أبى الخطاب وغيره .

وقال فى القاعدة الخامسة والأربعين : وظاهر كلام كثير من الأصحاب : أن المخالفة من الوكيل تقتضى فساد الوكالة ، لابطلانها . فيفسد العقد و يصير متصرفا بمجرد الإذن .

فعلى المذهب : لو تعدى زالت الوكالة وصار ضامناً . فإذ تصرف كما قال موكله : برىء بقبضه العوض . فإن رد عليه بعيب عاد الضمان .

قال فى القواعد : وعلى المشهور إنما يضمن مافيه التعدى خاصة ، حتى لو باعه وقبض ثمنه : لم يضمنه . لأنه لم يتعد فى عينه . ذكره فى التلخيص ، والمغنى ، والشرح .

ولايزول الضمان عن عين ماوقع فيه التعدى بحال ، إلا على طريقة ابن الزاغونى فى الوديعة .

قوله ﴿ وَهَلْ تَبْطُلُ بِالرِّدَّةِ ، وَحُرِّيَةِ عَبده ؟ على وجهين ﴾

أطلق المصنف فى بطلان الوكالة بالردة وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لاتبطل . وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وجزم به فى الكافى ، والوجيز .

والوجه الثانى : تبطل .

وقيل : تبطل بردة الموكل دون الوكيل .

قال فى المستوعب : ولا تبطل بردة الوكيل ، و إن لحق بدار الحرب . وهل تبطل بردة الموكل ؟ على وجهين . أصلهما : هل يزول ملكه ولا ينفذ تصرفه ، أو يكون موقوفا ؟ على ما يأتى فى باب الردة .

قال فى القاعدة السادسة عشر : إن قلنا يزول ملكه : بطلت وكالته .

وأطلق المصنف أيضاً فى بطلان الوكالة بحرية عبده وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والنظم ، والفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لاتبطل . وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفائق ، وشرح ابن رزين .

وقيل : تبطل . قدمه فى الرعاية الكبرى .

فائدة : وكذا الحكم لو باع عبده .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : أو وهبه ، أو كاتبه . انتهى .

وكذا لو وكل عبد غيره فباعه الغير .

وأما إذا وكل عبد غيره ، فأعتقه ذلك الغير : لم تبطل الوكالة . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

فوائد

منها : لو وكل امرأته ثم طلقها : لم تبطل الوكالة .

ومنها : لو جحد أحدهما الوكالة ، فهل تبطل ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : تبطل . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، فيما إذا جحد التوكيل .

والوجه الثاني : لاتبطل . جزم به فى الوجيز .

وقيل : تبطل إن تعمد ، و إلا فلا .

ومنها : لاتبطل الوكالة بالإباق . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الوجيز

وقيل : تبطل . وتقدم نظيرها فى أحكام العبد فى الباب الذى قبله .

ومنها : لو وكله فى طلاق زوجته . فوطئها : بطلت الوكالة . على الصحيح من المذهب ، والروايتين . وعنه لاتبطل .

فعلى المذهب : فى بطلانها بقبلة . ونحوها : خلاف ، بناء على الخلاف فى حصول الرجعة به ، على مايأتى فى بابه إن شاء الله تعالى .

ومنها : لو وكله فى عتق عبد . فكاتبه أو دبره : بطلت الوكالة . على الصحيح من المذهب . ويحتمل صحة عتقه .

قوله ﴿ وَهَلْ يَنْعَزِلُ الوَكِيلُ بِالمَوْتِ وَالْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح والرعاية الـكبرى ، والفروع ، والفائق ، وشرح المجد ، وشرح المحرر .

إحداهما : ينعزل . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : انعزل فى أصح الروايتين . وصححه فى الخلاصة . واختاره أبو الخطاب ، والشريف ، وابن عقيل .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا أشهر .

قال القاضى : هذا أشبه بأصول المذهب ، وقياس لقولنا : إذا كان الخيار لهما كان لأحدهما الفسخ من غير حضور الآخر . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ونهاية ابن رزين ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لاينعزل . نص عليها فى رواية ابن منصور ، وجعفر بن محمد وأبى الحارث . وصححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاويين .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : ينعزل بالموت لابالعزل . ذكره الشيخ تقى الدين .

وقال القاضى : محل الروايتين فيما إذا كان الموكل فيه باقيا فى ملك الموكل أما إن أخرجه من ملكه بعتق أو بيع : انفسخت الوكالة بذلك . وجزم به .

وفرق القاضى بين موت الموكل بأن الوكيل لاينعزل على رواية ، وبين إخراج الموكل فيه من ملك الموكل بعتق أو بيع ، بأنه ينعزل جزماً ، بأن حكم الملك فى العتق والبيع قد زال ، وفى موت الموكل السلعة باقية على حكم ملكه .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وفيه نظر . فإن الانتقال بالموت أقوى منه بالبيع والعتق . فإن هذا يمكن الموكل الاحتراز منه . فيكون بمنزلة عزله بالقول . وذاك زال بفعل الله تعالى فيه .

فوائد

منها ، ينبنى على الخلاف : وتضمينه وعدمه .

فإن قلنا : ينعزل ضمن ، وإلا فلا .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : لايضمن مطلقا .

قلت : وهو الصواب ، لأنه لم يفرط .

ومنها : جعل القاضى ، والمصنف ، والشارح ، وجماعة : محل الخلاف فى نفس انفساخ عقد الوكالة قبل العلم . وجعل المجد ، والناظم ، وجماعة : محل الخلاف فى نفوذ التصرف ، لافى نفس الانفساخ . وهو مقتضى كلام الخرقى .

قال الزركشى : وهذا أوفق للنصوص .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والخلاف لفظى .

ويأتى فى آخر باب صريح الطلاق ونيته « إذا ادعى الموكل عزل الوكيل ، هل يقبل بلا بينة أم لا ؟ » .

ومنها : لاينعزل مودع قبل علمه . على الصحيح من المذهب . خلافاً لأبى الخطاب . فما بيده أمانة . وقال : مثله المضارب .

ومنها : لو قال شخص لآخر : اشتر كذا بيننا . فقال : نعم . ثم قال لآخر : نعم . فقد عزل نفسه من وكالة الأول . ويكون ذلك له وللثانى .

ومنها : عقود المشاركات ـ كالشركة والمضاربة ـ والصحيح من المذهب : أنها تنفسخ قبل العلم ، كالوكالة .

وقال ابن عقيل : الأليق بمذهبنا فى المضاربة ، والشركة : لا تنفسخ بفسخ المضارب ، حتى يعلم رب المال والشريك . لأنه ذريعة إلى عامة الأضرار . وهو تعطيل المال عن الفوائد والأرباح .

فائدة : لو عزل الوكيل ، كان مافى يده أمانة . وكذلك عقود الأمانات كلها كالوديعة ، والشركة ، والمضاربة ، والرهن ، إذا انتهت أو انفسخت ، والهبة إذا رجع فيها الأب . وهو المذهب . صرح به القاضى ، وابن عقيل فى الرهن .

وصرح به القاضى ، وأبو الخطاب فى خلافيهما فى بقية العقود . وأنها تبقى أمانة .

وقيل : تبقى مضمونة إن لم يبادر بالدفع إلى المالك . كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً .

وصرح به القاضى فى موضع من خلافه فى الوديعة والوكالة .

وكلام القاضى وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن . فلا يضمن فى الرهن ، ويضمن فى الوديعة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ : لَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنفَرِدَ بِالتَّصَرُّفِ إِلاَّ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : لايجوز لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا فى الخصومة .

قال فى الفروع ، وقيل : إن وكلهما فى خصومة انفرد أحدهما للعرف .

قلت : وهو الصواب .

فائدة : حقوق العقد متعلقة بالموكل . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . لأنه لا يعتق قريب وكيل عليه . وينتقل الملك إلى الموكل . ويطالب بالثمن ، ويرد بالعيب ، ويضمن العهدة وغير ذلك .

قال المصنف : وإن اشترى وكيل فى شراء فى الذمة : فكضامن .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن وكل فى بيع ، أو استئجار ـ فإن لم يسم موكله فى العقد : فضامن . وإلا فروايتان .

وقال : ظاهر المذهب يضمنه . قال : ومثله الوكيل فى الاقتراض .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ فِى الْبَيْعِ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الجمهور . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى المذهب وغيره . وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . واختاره أبو الخطاب ، والشريف ، وابن عقيل ، والخرقى ، وغيرهم .

وعنه : يجوز . كما لو أذن له ، على الصحيح ، إذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، أو وكل من يبيع . حيث جاز التوكيل . وكان هو أحد المشتريين .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم . وقدمه فى الفائق .

وقال فى المحرر : وعنه له البيع من نفسه إذا زاد على ثمنه فى النداء .

وقال فى الفروع : وعنه : يصح أن يبيع من نفسه إذا زاد على ثمنه فى النداء .

وقيل : أو وكل بائعاً . وهو ظاهر مانقله حنبل .

وقيل : هما . انتهى .

وحكى الزركشى : إذا زاد على مبلغ ثمنه فى النداء رواية . وإذا وكل فى البيع وكان هو أحد المشترين رواية أخرى .

وقال فى القاعدة السبعين : وأما رواية الجواز : فاختلف فى حكاية شروطها على طرق .

أحدها : اشتراط الزيادة على الثمن الذى تنتهى إليه الرغبات فى النداء ، وفى اشتراط أن يتولى النداء غيره وجهان . وهى طريقة القاضى فى المجرد ، وابن عقيل

والثانى : أن المشترط : التوكيل المجرد . كما هى طريقة ابن أبى موسى ، والشيرازى .

والثالث : أن المشترط : أحد أمرين ، إما أن يوكل من يبيعه ، على قولنا : يجوز ذلك . وإما الزيادة على ثمنه فى النداء . وهى طريقة القاضى فى خلافه ، وأبى الخطاب .

وأطلق الروايتين فى الهداية ، والمستوعب ، والشرح .

وذكر الأزجى احتمالا : أنهما لا يعتبران . لأن دينه وأمانته تحمله على عمل الحق . وربما زاد خيراً .

وعنه رواية رابعة : يجوز أن يشاركه فيه ، لا أن يشتريه كله . ذكرها الزركشى وغيره . ونقلها أبو الحارث .

تنبيه : محل الخلاف : إذا لم يأذن له . فإن أذن له فى الشراء من نفسه جاز .

ومقتضى تعليل الإمام أحمد رحمه الله فى الرواية التى تقول بالجواز فيها ويوكل : لا يجوز . لأنه يأخذ بإحدى يديه من الأخرى .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم فى شراء الوكيل من نفسه للموكل . وكذا الحاكم وأمينه والوصى وناظر الوقف والمضارب كالوكيل .

ولم يذكر ابن أبى موسى فى الوصى سوى المنع .

وقال فى القاعدة السبعين : يتوجه التفريق بين الحاكم وغيره . فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن . فتكون عامة ، بخلاف غيره .

الثانية : حيث صححنا ذلك : صح أن يتولى طرفى العقد . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والفائق . وصححه المصنف ، والشارح .

قال فى الرعاية : صح على الأقيس . وقيل : لا يصح .

فائدة : وكذا الحكم لو وكل فى بيع عبد أوغيره ، ووكله آخر فى شرائه من نفسه فى قياس المذهب . قاله المصنف ، والشارح .

وقالا : ومثله لو وكله المتداعيان فى الدعوى عنهما . لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما ، والجواب عن الآخر ، وإقامة حجة لكل واحد منهما . وقدمه فى الفروع .

وقال الأزجى : لا يصح فى الدعوى من واحد للتضاد .

قوله ﴿ وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ لِوَلَدِهِ ، أَوْ وَالِدِهِ ، أَوْ مُكَاتَبِهِ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما احتمالان مطلقان فى الهداية . وأطلق الوجهين فى الفروع ، والمذهب والمستوعب ، والتلخيص . والرعاية الصغرى ، والمحرر ، والحاويين ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : لايجوز . أى لا يصح ، كنفسه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى الخلاصة ، والـكافى ، والرعاية الـكبرى ، وغيرهم .

قال المجد فى شرحه : اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قال المصنف فى المغنى ، والـكافى ، والشارح : الوجهان هنا مبنيان على الروايتين فى أصل المسألة .

قلت : الصواب أن الخلاف هنا : مبنى على القول بعدم الصحة هناك . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

والوجه الثانى : يجوز . أى يصح . وإن منعنا الصحة فى شراء الوكيل من نفسه لنفسه .

تنبيه : محل الخلاف فى هذه المسألة ، وفى التى قبلها : إذا لم يأذن له الموكل فى ذلك . فأما إن أذن له : فإنه يجوز ، ويصح . على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايصح أيضاً . حكاه المجد .

قلت : وهو بعيد فى غير الوكيل .

تنبيه : مفهوم كلامه : جواز بيعه لإخوته وسائر أقاربه . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وصرح به جماعة .

وذكر الأزجى فيهم وجهين .

قلت : حيث حصلت تهمة فى ذلك لايصح .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ ﴾ أى لايصح ﴿ أَنْ يَبِيْعَ نَسَاء ، وَلاَ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ ﴾

وكذا لايجوز أن يبيع بغير غالب نقد البلد إن كان فيه نقود .

ومراده : إذا أطلق الوكالة . وهذا المذهب فى ذلك . نص عليه . وجزم به فى التلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والشرح ، وقال : وهو أولى .

ويحتمل أن يجوز ، كالمضارب . وهو لأبى الخطاب فى الهداية . وهو تخريج فى الفائق . وهو رواية فى المحرر وغيره . واختاره أبو الخطاب .

وذكر ابن رزين فى النهاية : أن الوكيل يبيع حالاً بنقد بلده و بغيره ، لا نساء

وذكر فى الانتصار : أنه يلزمه النقد أو مانقص .

تنبيه : أفادنا المصنف ـ رحمه الله تعالى ـ جواز بيع المضارب نساء . لكونه جعله هنا أصلاً للجواز . وهو صحيح . وهو الصحيح من المذهب . على مايأتى إن شاء الله تعالى فى باب الشركة .

لكن أطلق هناك الخلاف فى شركة العنان ، والمضاربة مثلها .

فالحاصل : أن الصحيح من المذهب فى الوكالة : عدم الجواز ، وفى المضاربة : الجواز .

وفرق المصنف والشارح بينهما بأن المقصود من المضاربة الربح . وهو فى النساء أكثر . ولا يتعين فى الوكالة ذلك . بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن لدفع حاجته . ولأن استيفاء الثمن فى المضاربة على المضارب . فيعود ضرر التأخير فى التقاضى عليه ، بخلاف الوكالة . فيعود ضرر الطلب على الموكل .

فائدة : إذا أطلق الوكالة : لم يصح أن يبيع بمنفعة ، ولا بعرض أيضاً . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف .

وفى العرض احتمال بالصحة . وهو رواية فى الموجز .

ويأتى فى كلام المصنف « إذا قال للوكيل : أذنت لى فى البيع نساء ؟ وفى الشراء بخمسة ، وأنكر الموكل » .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ بِدُونِ ثَمنِ المِثْلِ ، أَوْ بِأَنْقَصَ مِمَّا قدَّرهُ : صَحَّ وَضَمِنَ النَّقْصَ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . واختاره الخرقى ، والقاضى فى الخلاف وغيرهما . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وقدمه فى الهـداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، وناظم المفردات ، وقال : قاله الأكثر . وهو من المفردات .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أنْ لاَيَصِحّ ﴾ .

وهو رواية منصوصة عن الإمام أحمد رحمه الله . واختاره المصنف . وصححه القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وجزم به فى التلخيص . وقال : إنه الذى تقتضيه أصول المذهب . وقدمه الشارح ، والمصنف فى المغنى . وجزم به ، وابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الـكافى .

وقال فى المحرر ، والفائق ، وغيرهما : ويتخرج أنه كتصرف الفضولى .

قال فى الفروع : قيل إنه كفضولى . نص عليه . فإن تلف وضمن الوكيل رجع على مشترٍ التلفه عنده .

وقيل : يصح . نص عليه . انتهى .

ويأتى قريباً فى كلام المصنف رحمه الله « لو وكله فى الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل » .

تنبيه : جمع المصنف بين ما إذا وكله فى البيع وأطلق ، وبين ما إذا قدره له . فجعل الحـكم واحداً . وهو أصح الطريقتين . وصرح به القاضى وغيره . ونص عليه فى رواية الأثرم ، وأبى داود ، وابن منصور .

وقيل : يبطل العقد مع مخالفة التسمية . ولا يبطل مع الإطلاق .

وممن قال ذلك : القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى فصوله . قاله فى القاعدة العشرين .

تنبيه : مراده بقوله ﴿ وإنْ بَاعَ بدُون ثَمَنِ المِثْلِ ﴾ .

مما يتغابن الناس بمثله عادة . فأما ما لايتغابن الناس بمثله ، كالدرهم فى العشرة : فإن ذلك معفو عنه إذا لم يكن الموكل قد قدر الثمن .

وقوله ﴿ وضَمِنَ النَّقْصَ ﴾ .

فى قدره وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والكافى

أحدهما : هو ما بين مايباع به وثمن المثل .

قال الشارح : وهذا أقيس . واختاره ابن عقيل . ذكره عنه فى القواعد الفقهية . وقدمه ابن رزين فى شرحه ، والرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : هو مابين ما يتغابن به الناس ومالا يتغابنون .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : لايضمن عبد لسيده ولا صبى لنفسه . و يصح البيع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وفيه احتمال : أنه يبطل . قال فى الفروع : وهو أظهر .

قلت : فعلى الأول : يعايى بها فى الصبى .

فائدتان

إحداهما : قال فى الرعاية الكبرى : لو وكله فى بيع شىء إلى أجل . فزاده أو نقصه ، ولاحظ فيه : لم يصح .

قال فى الفروع : و إن أمر بشراء بكذا حالا ، أو ببيع بكذا نساء . فخالف فى حلول وتأجيل : صح فى الأصح .

وقيل : إن لم يتضرر . انتهى .

الثانية : لو حضر من يزيد على ثمن المثل : لم يجز أن يبيع بثمن المثل . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والفائق . وغيرهم .

قلت : فيعايى بها .

وهى مخصوصة من مفهوم كلام المصنف وكلام غيره ، ممن أطلق .

ولو باعه بثمن مثله . فزاد عليه آخر فى مدة الخيار : لم يلزمه الفسخ .

قال فى الرعاية ، قلت : ويحتمل لزومه إن صح بيعه على بيع أخيه . انتهى .

قال فى المغنى ، والشرح : ويحتمل أن يلزمه ذلك .

وقال فى الفروع : وفيه وجه : يلزمه .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرَ مِنْهُ : صَحَّ ، سَوَاء كَانَتِ الزِّيَادَةُ مِنْ جِنْسِ الثمنِ الّذى أمرهُ بهِ أَوْ لم تَكُنْ ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى التلخيص : فأظهر الاحتمالين : الصحة .

قال القاضى : وهو المذهب .

وقيل : إن كانت الزيادة من جنس الثمن : صح ، وإلا فلا .

قال فى التلخيص ، قال القاضى : ويحتمل أن يبطل فى الزيادة من غير الجنس بحصته من الثمن .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ: بِعْهُ بِدِرْهَمٍ . فَبَاعَهُ بِدِينَارٍ: صحَّ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والنظم ، والتصحيح ، والقواعد الفقهية . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الشرح ، والفائق .

والوجه الثانى : لايصح . اختاره القاضى . وهو ظاهر ما قدمه فى المغنى ، وظاهر ما قطع به ابن عبدوس فى تذكرته . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص والفروع ، والرعايتين ، والحاويين ، والكافى .

فائدة : لو قال : اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين : صح شراؤه بما بينهما . وكذا بدون الخمسين . على الصحيح . قدمه ابن رزين . وهو الصواب .

وقيل : لا يصح بدون الخمسين كالخمسين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : بِعْهُ بِأَلْفٍ نَسَاءً ، فَبَاعَهُ بِأَلْفٍ حَالَّةً : صَحَّ إِنْ كَانَ لاَ يَسْتَضِرّ بِحِفْظِ الثَّمَنِ فِى الْحَالِّ . وَهُوَ أَحَدُ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

صححه فى الشرح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يصح مطلقاً ما لم ينهه . وهو المذهب . اختاره القاضى .

قال فى الفروع ، والمذهب ، ومسبوك الذهب : صح فى أصح الوجهين .

قال ابن رزين فى نهايته : صح فى الأظهر . وقدمه فى الهداية ، والخلاصة ، والمستوعب ، والتلخيص .

وقيل : لا يصح مطلقاً . وأطلقهن فى الرعايتين ، والحاويين ، والفائق ، ويأتى عكس هذه المسألة فى كلام المصنف قريباً .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى الشِّرَاءِ . فَاشْتَرَى بِأَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ ، أَوْ بِأَكْثَرَ مِمَّا قَدَّرَهُ لَهُ : لَمْ يَصِحّ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

اختاره القاضى فى الجامع . وجزم به فى المستوعب ، والتلخيص ، وشرح ابن رزين ، والشارح ، وقال : هو كتصرف الأجنبى . واختاره المصنف . قاله ناظم المفردات .

والوجه الثانى : يصح . وهو المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين . وصححه الناظم .

قال ناظم المفردات : هو المنصوص . وعليه الأكثر . انتهى .

وذلك : لأن حكمه حكم ما لو باع بدون ثمن المثل ، أو بأنقص مما قدره له . ذكره الأصحاب .

وتقدم هناك : أن المذهب صحة البيع . فكذا هنا . لأن المنصوص فى الموضعين الصحة . وعليه أكثر الأصحاب .

لكن المصنف قدم هناك الصحة ، وقدم هنا عدمها . فلذلك قال ابن منجا : الفرق بين المسألتين على ما ذكره المصنف عَسِرٌ . انتهى .

والذى يظهر : أن المصنف هناك إنما قدم تبعاً للأصحاب . وإن كان اختياره

مخالفاً له . وهذا يقع له كثيراً . وقدم هنا نظراً إلى ما اختاره ، لا إلى الفرق بين المسألتين . فإن اختياره فى المسألتين واحد . والحكم عنده فيهما واحد . وأطلق الوجهين فى المسألتين فى الفروع .

وظهر مما تقدم : أن للأصحاب فى المسألتين طريقتين : التساوى . وهو الصحيح . والصحة هناك . وعدمها هنا . وهى طريقته فى المستوعب ، وابن رزين وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

وذكر الزركشى فيهما ثلاثة أقوال . ثالثها : الفرق ، وهو ما قاله المصنف فى هذا الكتاب .

قوله ﴿أَوْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، فَبَاعَ نِصْفَهُ بِدُونِ ثَمَنِ الْكُلِّ : لَمْ يَصِحَّ﴾ .

إذا وكله فى بيع شىء فباع بعضه ، فلا يخلو : إما أن يبيع البعض بثمن الكل أولا . فإن باعه بثمنه كله : صح . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحاويين ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يصح . قدمه فى الفائق . وهو ظاهر ما قطع به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وظاهر ما قدمه فى الرعايتين ، والنظم ، وغيرهم .

قلت : وهذا القول ضعيف .

فعلى المذهب : يجوز له بيع الباقى . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاويين ، وغيرهم . وصححه فى الفروع ، والفائق ويحتمل أن لا يجوز .

وإن باع البعض بدون ثمن الكل ، فلا يخلو : إما أن يبيع الباقى أولا . فإن باع الباقى : صح البيع ، وإلا لم يصح ، على الصحيح من المذهب فيهما . قدمه فى الفروع . وجزم به فى المستوعب . وقال : نص عليه .

قال فى التلخيص : والذى نقله الأصحاب فى ذلك : أنه لا يصح إذا لم يبع الباقى ، دفعاً لضرر المشاركة بما بقى .

وقولهم « إذا لم يبع الباقى » يدل على أنه إذا باعه ينقلب صحيحاً . وفيه عندى نظر . انتهى .

وقيل: لا يصح مطلقاً . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

تنبيه : يستثنى من محل الخلاف فيما تقدم ، ومن عموم كلام المصنف : لو وكله فى بيع عبيد أو صبرة ونحوهما ، فإنه يجوز له بيع كل عبد منفرداً ، و بيع الجميع صفقة واحدة ، و بيع بعض الصبرة منفردة ، و بيعها كلها جملة واحدة . قاله الأصحاب ، إن لم يأمره ببيعها صفقة واحدة .

تنبيه : قولى ـ عن كلام المصنف ـ « بدون ثمن الكل » هو فى بعض النسخ . وعليها شرح الشارح .

وفى بعضها : بإسقاطها ، تبعاً لأبى الخطاب وجماعة ، وعليها شرح ابن منجا . لكن قيدها بذلك من كلامه فى المغنى .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَاهُ بِمَا قَدَّرَهُ لَهُ مُؤَجَّلاً ﴾ .

صح . وهو المذهب مطلقاً .

قال فى الفروع : صح فى الأصح . وجزم به فى شرح ابن منجا . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاويين . وصححه فى النظم .

وقيل : لا يصح إن حصل ضرر ، وإلا صح . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الوجيز .

قلت : وهو الصواب .

والأول ضعيف . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِي شَاةً بِدِينَار . فَاشْتَرَى لَهُ شَاتَيْنِ تُسَاوِي إِحْدَاهُمَا دِينَاراً ، أَوْ اشْتَرَى شَاةً تُسَاوِي دِينَاراً بِأَقَلَّ مِنْهُ : صَحَّ ﴾ وكان للموكل ﴿ وَإِلَّا لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

يعنى وإن لم تساو إحداهما ديناراً : لم يصح . وهذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وفى المبهج رواية فى المسألة الأولى : أنه كفضولى .

وقال فى عيون المسائل : إن ساوت كل واحدة منهما نصف دينار : صح الموكل لا للوكيل . وإن كانت كل واحدة منهما لاتساوى نصف دينار : فروايتان .

إحداهما : يقف على إجازة الموكل . وقال فى الرعايتين ، والفائق ، والحاويين ، وقيل : الزائد على الثمن والمثمن المقدرين للوكيل .

فعلى المذهب : لو باع إحدى الشاتين بغير إذن الموكل ، فقيل : يصح إن كانت الباقية تساوى ديناراً ، لحديث عروة البارقى رضى الله عنه[1] .

قال المصنف ، والشارح : وهو ظاهر كلام الأمام أحمد رحمه الله ، لأنه أخذ بحديث عروة . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : لا يصح مطلقاً . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يصح مطلقاً . ذكره ابن رزين فى شرحه .

وقال فى الفائدة العشرين : لو باع إحداهما بدون إذنه ففيه طريقان .

أحدهما : يخرج على تصرف الفضولى .

---

(١) روى أحمد والبخارى وأبو داود عن عروة بن أبى الجعد البارقى رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشترى به شاة . فاشترى به شاتين . فباع إحداهما بدينار ، وجاءه بدينار وشاة . فدعا له بالبركة فى بيعه . وكان لو اشترى التراب لربح فيه » .

والثانى : أنه صحيح ، وجهاً واحداً . وهو المنصوص .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ شِرَاءُ مَعِيبٍ ﴾ .

بلا نزاع . فإن فعل ، فلا يخلو : إما أن يكون جاهلا أو عالماً . فإن كان جاهلا به فيأتى .

وإن كان عالماً : لزم الوكيل ما لم يرض الموكل . وليس له ولا لموكله رده .

وإن اشترى بعين المال : فكشراء فضولى . وهذا المذهب فى ذلك كله . وعليه الأصحاب .

وقال الأزجى : إن اشتراه مع علمه بالعيب . فهل يقع عن الموكل ؟ لأن العيب إنما يخاف منه نقص المالية . فإذا كان مساوياً للثمن ، فالظاهر : أنه يرضى به . أم لايقع عن الموكل ؟ فيه وجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَ بِمَا اشْتَرَى عَيْبًا . فَلَهُ الرَّدُّ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ولم يضمنه .

وقال الأزجى : إن جهل عيبه ـ وقد اشترى بعين المال ـ فهل يقع عن الموكل ؟ فيه خلاف . انتهى .

وله رده وأخذ سليم بدله إذا لم يعينه الموكل . على مايأتى قريباً .

فائدتان

إحداهما : لو أسقط الوكيل خياره ، فحضر موكله ، فرضى به : لزمه ، وإلا فله رده على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقال فى المغنى : وله رده على وجه .

الثانية : لو ظهر به عيب ، وأنكر البائع أن الشراء وقع للموكل: لزم الوكيل . وليس له رده ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يلزم الموكل . وله أرشه . فإن تعذر من البائع لزم الوكيل .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ البَائِـعُ : مُوَكِّلُكَ قَدْ رَضِيَ بِالْعَيْبِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الوَكِيلِ مَعَ يَمِينِهِ : أَنَّهُ لايَعْلَمُ ذَلِكَ ﴾

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يقف الأمر على حلف موكله . وللحاكم إلزامه حتى يحضر موكله .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك ـ خلافا ومذهباً ـ قول غريم لوكيل غائب فى قبض حقه « أبرأنى موكلك » أو « قبضه » ويحكم عليه ببينة إن حكم على غائب .

الثانية : لو ادعى الغريم : أن الموكل عزل الوكيل فى قضاء الدين ، أو ادعى موت الموكل : حلف الوكيل على نفى العلم ، فى أصح الوجهين . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين .

وقيل : يقبل قوله من غير يمين .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدَّهُ فَصَدَّقَ المُوَكِّلُ البَائِعَ فِي الرِّضَى بِالْعَيْبِ ، فَهَلْ يَصِحُّ الرَّدُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : لا يصح الرد . وهو باق للموكل . وهو المذهب . صححه في التصحيح . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين ، والمغنى .

والثانى : يصح . فيجدد الموكل العقد . صححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز قال المصنف ، والشارح : يصح الرد ، بناء على أن الوكيل لاينعزل قبل علمه .

وقال أبو المعالى فى النهاية : يطرد روايتان منصوصتان فى استيفاء حد وَقَوَدٍ

وغيرهما من الحقوق، مع غيبة الموكل، وحضور وكيله. وحكاهما غيره فى حد وقود على ماتقدم.

فائدة: رضى الموكل الغائب بالمعيب عزل لوكيله عن رده.

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي شِرَاءِ مُعَيَّنٍ، فَاشْتَرَاهُ وَوَجَدَهُ مَعِيبًا. فَهَلْ لَهُ الرَّدُّ قَبْلَ إِعْلَامِ المُوَكِّلِ؟ عَلَى وجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية، والمذهب، والمستوعب، والمغنى، والشرح، والفروع والفائق، والمحرر، والتلخيص، والبلغة.

أحدهما: له الرد. وهو الصحيح. صححه فى التصحيح، وتصحيح المحرر، والنظم. وجزم به فى الوجيز. وقدمه فى الرعايتين، والحاويين، وشرح ابن رزين.

والوجه الثانى: ليس له الرد.

قال فى الرعايتين: هذا أولى.

وقال فى تجريد العناية: هذا الأظهر. وقدمه فى الخلاصة.

قلت: وهو الصواب.

فلو علم عيبه قبل شرائه، فهل له شراؤه؟ فيه وجهان مبنيان على الوجهين اللذين قبلهما.

فإن قلنا يملك الرد فى الأولى، فليس له هنا شراؤه: وإن قلنا: لايملك هناك، فله الشراء هنا. قاله المصنف والشارح.

قال فى الفروع: فإن ملكه فله شراؤه إن علم عيبه قبله. وهو مخالف لما قالاه

وقد تقدم أنه إذا لم يكن معينا: أن له الرد وأخذ بدله من غير إعلام الموكل.

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ لَهُ: اشْتَرِ لِي بِعَيْنِ هَذَا الثَّمَنِ. فَاشْتَرَى لَهُ فِي ذِمَّتِهِ: لَمْ يَلْزَمْ المُوَكِّلَ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : إن أجازه الموكل لزمه وإلا فلا .

وعلى كل قول : البيع صحيح . وحيث لم يلزم الموكل لزم الوكيل .

فائدة : لو قال « اشترلى بهذه الدراهم كذا » ولم يقل « بعينها » جاز له أن يشترى له فى ذمته ، وبعينها . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وليس له العقد مع فقير وقاطع طريق ، إلا بأمره . نقله الأثرم .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اشْتَرِ لِي فِي ذِمَّتِكَ وانْقُدِ الثَّمَنَ . فَاشْتَرَى بِعَيْنِهِ : صَحَّ ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح وغيرهما : ذكره أصحابنا . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وجزم به فى الوجيز ، وقال : إن لم يكن للموكل غرض . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاويين وغيرهم .

وقيل : لا يصح . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح ، ومالا إليه .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : إن رضى به وإلا بطل . وهو أولى .

فائدة : يقبل إقرار الوكيل بعيب فيما باعه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى وغيرهم . ذكروه فى الشركة .

وقال فى المنتخب : لا يقبل . واختاره المصنف . فلا يرد على موكله . وإن رد بنكوله ففى رده على موكله وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب رده على الموكل .

قوله ﴿ وَإِنْ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ فِي سُوقٍ بِثَمَنٍ . فَبَاعَهُ بِهِ فِي آخَرَ : صَحَّ ﴾

إن لم ينهه عنه ، ولم يكن له فيه غرض . بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ ، مَلَكَ تَسْلِيمَهُ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَلَمْ يَمْلِكْ قَبْضَ ثَمَنِهِ إلاّ بِقَرِينَةٍ ﴾ .

هذا أحد الوجوه . جزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق . على مايأتى . واختاره المصنف . وقدمه فى المحرر والرعاية الكبرى . وهو الصواب .

والوجه الثاني : لايملك قبض ثمنه مطلقاً . وهو المذهب ، كالحاكم وأمينه . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص . وقدمه فى الفروع .

والوجه الثالث : يملكه مطلقاً . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاويين ، والفائق : وفى قبضه ثمنه بلا قرينة وجهان .

وقال ابن عبدوس فى تذكرته : له قبض الثمن ، إن فقدت قرينة المنع .

فعلى المذهب : إن تعذر قبض الثمن من المشترى : لم يلزم الوكيل شيء ، كما لو ظهر المبيع مستحقاً أو معيباً .

وعلى الثالث : ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن ، أو حضوره . فإن سلمه قبل قبض ثمنه : ضمنه .

وعلى الأول : إن دلت قرينة على قبضه ولم يقبضه : ضمنه وإلا فلا .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو وكل فى شراء سلعة ، هل يقبضها أم لا ؟ أم يقبضها إن دلت قرينة عليه ؟

وإن أخر تسليم ثمنه بلا عذر : ضمنه على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وقيل : لا يضمن .

الثانية : هل للوكيل فى البيع أو الشراء فعل ذلك بشرط الخيار له – وقيل : مطلقاً – أم لا ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

وقال فى الرعاية : وإن وُكِّل فى شراء : لم يشرط الخيار للبائع . وهل له شرطه لنفسه ، أو لموكله ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

وظاهر كلامه فى المجرد ، والرعاية الكبرى فى البيع : صحة ذلك . ويكون الموكل .

فإذا شرط الخيار فهو لموكله . وإن شرطه لنفسه فهو لهما . ولا يصح شرطه له وحده .

ويختص الوكيل بخيار المجلس . ويختص به الموكل إن حضره وحجر عليه . جزم به فى الفروع .

وقال فى التلخيص : وإن حضر الموكل فى المجلس ، وحجر على الوكيل فى الخيار : رجعت حقيقة الخيار إلى الموكل فى أظهر الاحتمالين .

وتقدم ذلك فى خيار الشرط ومسائل أخر . عند قوله « وإن شرط الخيار لغيره جاز » .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِي بَيْعٍ فَاسِدٍ ، أَوْفِي كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ : لَمْ يَصِحَّ ﴾

إذا وكله فى بيع فاسد ، فباع بيعاً صحيحاً : لم يصح . قطع به الأصحاب .

وإن وكله فى كل قليل وكثير : لم يصح . على الصحيح من المذهب . كما قطع به المصنف هنا . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال الأزجى فى النهاية : لم يصح باتفاق الأصحاب .

وقيل : يصح . كما لو وكله فى بيع ماله كله ، أو المطالبة بحقوقه كلها ، أو الإبراء منها ، أو بما شاء منها .

كما اختاره المصنف ، وجماعة ، فيما إذا وكله فى بيع شىء : أنه لا يملك قبض ثمنه إلا بقرينة .

قوله ﴿ وَإِنْ وَكَّلَهُ فِى الْقَبْضِ : كَانَ وَكِيلاً فِي الْخُصُومَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، والهداية . وقدمه فى المذهب والمستوعب ، والخلاصة . ومال إليه المصنف ، والشارح .

والوجه الثانى : لا يكون وكيلاً فى الخصومة . وأطلقهما فى الكافى ، والمحرر ، وشرحه ، والفروع ، والفائق .

وقال فى المغنى ، والشرح : ويحتمل — إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق . أو مطله — كان توكيلا فى تثبيته والخصومة فيه ، لعلمه بتوقف القبض عليه وإلا فلا .

فائدتان

إحداهما : أفادنا المصنف — رحمه الله — صحة الوكالة فى الخصومة . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

لكن قال فى الفنون : لا يصح ممن علم ظلم موكله فى الخصومة . واقتصر عليه فى الفروع . وهذا مما لا شك فيه .

قال فى الفروع : وظاهره يصح إذا لم يعلم ظلمه . فلو ظن ظلمه جاز . ويتوجه المنع .

قلت : وهو الصواب .

قال : ومع الشك يتوجه احتمالان . ولعل الجواز أولى ، كالظن فى عدم ظلمه . فإن الجواز فيه ظاهر . وإن لم يجز الحكم مع الريبة فى البينة .

وقال القاضى فى قوله تعالى (٤ : ١٠٥ ولا تـكن للخائنين خصيما) يدل على أنه لايجوز لأحد أن يخاصم عن غيره فى إثبات حق أو نفيه ، وهو غير عالم بحقيقة أمره .

وكذا قال المصنف فى المغنى ، والشارح ، فى الصلح عن المنكر : يشترط أن يعلم صدق المدعى . فلا تحل دعوى مالم يعلم ثبوته .

الثانية : له إثبات وكالته مع غيبة موكله ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : ليس له ذلك .

ويأتى فى باب أقسام المشهود به ماتثبت به الوكالة والخلاف فيه .

وإن قال : « أجب عنى خصمى » احتمل أنها كالخصومة ، واحتمل بطلانها . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الصواب الرجوع فى ذلك إلى القرائن . فإن لم تدل قرينة فهو إلى الخصومة أقرب .

قوله ﴿ وإنْ وَكَّلَهُ فِى الإيداعِ ، فَأَوْدَعَ وَلمْ يُشْهِدْ : لَمْ يَضْمَن ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح : ذكره أصحابنا .

قال فى الفروع : لم يصح فى الأصح .

وقيل : يضمن . وذكره القاضى رواية .

قوله ﴿ وَإنْ وَكَّلَهُ فِى قَضَاءِ دَيْنٍ ، فَقَضَاهُ وَلَمْ يُشْهِدْ ، وَأَنْكَرَ الغَرِيمُ ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب بشرطه . وعليه أكثر الأصحاب . كما لو أمره بالإشهاد فلم يفعل .

قال فى التلخيص : ضمن ، فى أصح الروايتين . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز ،

والخرقى . وجزم به فى العمدة ، وغيرها . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفروع ، والمغنى ، والشرح ، والزركشى ، وقال : هذا المذهب .

وقال القاضى وغيره من الأصحاب : وسواء صدقه الموكل أو كذبه .

وعنه لايضمن سواء أمكنه الإشهاد أولا . اختاره ابن عقيل .

وقيل : يضمن إن أمكنه الإشهاد ولم يشهد ، وإلا فلا .

وقال فى الفروع : ويتوجه احتمال يضمنه إن كذبه الموكل ، وإلا فلا .

قال الزركشى : وهذا مقتضى كلام الخرقى .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يَقْضِيهُ بِحَضْرَةِ المُوَكِّلِ ﴾ .

يعنى أنه إذا قضاه بحضرة الموكل ، من غير إشهاد : لايضمن . وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، والحاويين ، وغيرهم .

قال فى الرعاية الكبرى . والفروع : لا يضمن فى الأصح .

قال الزركشى : هذا الصحيح .

وقيل : يضمن ، اعتماداً على أن الساكت لاينسب إليه قول .

وتقدم نظير هذه المسألة فيما إذا قضى الضامن الدين . وتقدم هناك : إذا أشهد ومات الشهود ونحو ذلك . والحكم هنا كذلك .

وتقدم أيضاً فى الرهن فيما إذا قضى العدل المرتهن .

وتقدم أيضاً فى الرهن : من طلب منه الرد ، وقبل قوله : هل له التأخير ليشهد أم لا ؟ وما يتعلق بذلك عند قوله « إذا اختلفا فى رد الرهن » والأصحاب يذكرون المسألة هنا .

قوله ﴿ وَالوَكِيلُ أَمِينٌ . لاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيما يَتْلَفَ فِى يَدِهِ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ . وَالقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِه فِى الْهَلاَكِ وَنَفْىِ التَّفْرِيطِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب فى الجملة .

قال القاضى : إلا أن يدعى تلفاً بأمر ظاهر ، كالحريق والنهب ونحوهما . فعليه إقامة البينة على وجود ذلك فى تلك الناحية . ثم يكون القول قوله فى تلفها به . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم من الأصحاب .

قال فى الفروع : ويقبل قوله فى التلف . وكذا إن ادعاه بحادث ظاهر ، وشهدت بينة بالحادث : قُبل قوله مع يمينه .

وفى اليمين رواية : إذا أثبت الحادث الظاهر ، ولو باستفاضة : أنه لايحلف . ويأتى نظير ذلك فى الرد بعيبه .

قوله ﴿ وَلَوْ قَالَ : بِعْتُ الثَّوْبَ وَقَبَضْتُ الثمنَ فَتلِفَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن حامد .

قال فى الفائق : قبل قوله فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، والوجيز ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وصححه فى النظم .

قال فى الرعايتين : قبل قول الوكيل فى الأشهر . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لايقبل قوله . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح . وأطلقهما فى الكافى

فائدة : لو وكله فى شراء عبدٍ فاشتراه ، واختلفا فى قدر الثمن . فقال « اشتريته بألف » فقال الموكل « بل بخمسمائة » فالقول قول الوكيل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

قال القاضى : القول قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه الوكيل . فيكون القول قوله .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا فِى رَدِّهِ إِلَى الموَكِّلِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . إِنْ كَانَ مُتطَوِّعاً ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به الأكثر .

وقيل : لا يقبل قوله إلا ببينة . ذكره فى الرعاية .

وإن كان بِجُعل : فعلى وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والحاويين ، والقواعد الفقهية ، والفائق .

أحدهما : يقبل قوله مع يمينه ، كالوصى . نص عليه . وهو المذهب . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى العمدة ، والوجيز . وقدمه فى الرعايتين . واختاره القاضى فى خلافه ، وابنه أبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب فى خلافه وغيرهم ، وسواء اختلفا فى رد العين أو رد ثمنها .

والوجه الثانى : لا يقبل قوله إلا ببينة . وهو المذهب . اختاره ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وابن عقيل وغيرهم . وقدمه فى والمحرر ، والفروع ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وصححه فى إدراك الغاية ، وغيره . وقطع به فى المنور وغيره .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ يَخْرُجُ فِى الأَجِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال فى الفائق : والوجهان فى الأجير والمرتهن . انتهى .

وكذا المستأجر والشريك ، والمضارب ، والمودع ونحوهم . قاله فى الرعاية وغيرها .

وتقدم فى كلام المصنف : أن القول قول الراهن إذا ادعى المرتهن رده ، وأنه المذهب .

وتقدم فى الباب الذى قبله : أن القول قول الولى فى دفع المال إلى المولى عليه ، على الصحيح .

ويأتى فى كلام المصنف فى المضاربة : أن القول قول رب المال فى رد المال إليه . ويأتى الخلاف فيه .

ويأتى فى كلام المصنف فى باب الوديعة : أن القول قول المودع فى الرد على الصحيح من المذهب .

فائدة : لو ادعى الرد إلى غير من ائتمنه بإذن الموكل : قبل قول الوكيل ، على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : لو قال « دفعتها إلى زيد بأمرك » قبل قوله فيهما . نص عليه . اختاره أبو الحسين التميمى . قاله فى القاعدة الرابعة والأربعين .

وقيل : لا يقبل قوله .

فقيل : لتفريطه بترك الإشهاد على المدفوع إليه . فلو صدقه الآمر على الدفع : لم يسقط الضمان .

وقيل : بل لأنه ليس أميناً للمأمور بالدفع إليه . فلا يقبل قوله فى الرد إليه . كالأجنبى .

وكل من الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الخرقى . هذا كلامه فى القواعد .

وقال فى الفروع : فلا يقبل قوله فى دفع المال إلى غير ربه وإطلاقهم ، ولا فى صرفه فى وجوه عينت له من أجرة لزمته . وذكره الأدمى البغدادى . انتهى .

وجزم فى الرعاية الكبرى ، فى موضع : أنه لا يقبل قول كل من ادعى الرد إلى غير من ائتمنه .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِي فِي الْبَيْعِ نَسَاءً ، وَفِي الشِّرَاءِ بِخَمْسَةٍ فَأَنْكَرَهُ : فعلى وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب .

أحدهما : القول قول الوكيل . وهو المذهب . نص عليه فى المضارب .

قال فى الرعاية الكبرى : صدق الوكيل فى الأشهر إن حلف . وقدمه

فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والحاوى الـكبير ، والفروع ، والفائق .

والوجه الثانى : القول قول المـالك . اختاره القاضى . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح . وجزم به الوجيز . وقدمه فى الكافى . وشرح ابن رزين .

فائدة : وكذا الحـكم . لو قال « أذنت لى فى البيع بغير نقد البلد » أو اختلفا فى صفة الإذن . وكذا حكم المضارب فى ذلك كله . نص عليه . واختاره المصنف .

فعلى الوجه الثانى : إذا حلف المالك برىء من الشراء .

فلو كان المشترى جارية ، فلا يخلو : إما أن يكون الشراء بعين المال ، أو فى الذمة .

فإن كان بعين المال : فالبيع باطل . وترد الجارية على البائع إن اعترف بذلك .

وإن كذبه فى الشراء لغيره ، أو بمال غيره بغير إذنه : فالقول قول البائع .

فلو ادعى الوكيل علمه بذلك ، حلف : أنه لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله . فإذا حلف مضى البيع ، وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ، ودفع الثمن إلى البائع . وتبقى الجارية فى يده لا تحل له . فإن أراد استحلالها اشتراها ممن هى له فى الباطن لتحل له ظاهراً وباطناً .

فلو قال « بعتكها إن كانت لى » أو « إن كنت أذنت لك فى شرائها بكذا فقد بعتكها » فنى صحته وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والقواعد .

أحدهما : لايصح . لأنه بيع معلق على شرط . اختاره القاضى . وقدمه فى الرعاية الـكبرى .

والوجه الثانى : يصح . لأن هذا واقع يعلمان وجوده . فلايضر جعله شرطاً . كما لو قال : بعتك هذه الأمة إن كانت أمة .

قلت : وهو الصواب . وهو احتمال فى الكافى . ومال إليه هو وصاحب القواعد .

وكذا كل شرط علما وجوده . فإنه لا يوجب وقوف البيع ، ولا يؤثر فيه شكا أصلا .

وقد ذكر ابن عقيل فى الفصول : أن أصل هذا قولهم فى الصوم : إن كان غداً من رمضان فهو فرضى ، وإلا فنفل .

وذكر فى التبصرة : أن التصرفات كالبيع نساء . انتهى .

تنبيه : لو امتنع من بيعها من هى له فى الباطن : رفع الأمر إلى الحاكم ، ليرفق به ليبيعه إياها ، ليثبت له الملك ظاهراً وباطناً . فإن امتنع لم يجبر عليه . وله بيعها له ولغيره .

قال فى المجرد ، والفصول : ولا يستوفيه من تحت يده ، كسائر الحقوق .

قال الأزجى ، وقيل : يبيعه ويأخذ ماغرمه من ثمنه .

وقال فى الترغيب ، الصحيح : أنه لا يحل . وهل تقر بيده ، أو يأخذها الحاكم ، كمال ضائع ؟ على وجهين . انتهى .

وإن اشتراها فى الذمة ، ثم نقد الثمن : فالبيع صحيح . ويلزم الوكيل فى الظاهر .

فأما فى الباطن : فإن كان كاذباً فى دعواه : فالجارية له . وإن كان صادقاً : فالجارية لموكله . فإن أراد إحلالها : توصل إلى شرائها منه . كما ذكرنا أولا .

وكل موضع كانت للموكل فى الباطن ، وامتنع من بيعها للوكيل : فقد حصلت فى يد الوكيل ، وهى للموكل . وفى ذمته ثمنها للوكيل .

فأقرب الوجوه : أن يأذن الحاكم فى بيعها . ويوفيه حقه من ثمنها . فإن كانت للوكيل فقد بيعت بإذنه . وإن كانت للموكل : فقد باعها الحاكم فى إيفاء دين امتنع المدين من وفائه .

قال المصنف والشارح ، وقد قيل : غير ذلك . وهذا أقرب إن شاء الله تعالى .

وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بما له على الموكل : جاز .

وقال الأزجى : إن كان الشراء فى الذمة ، وادعى أنه يبتاع بمال الوكالة ، فصدقه البائع أو كذبه . فقيل : يبطل . كما لو كان الثمن معيناً . وكقوله « قبلت النكاح لفلان الغائب » فينكر الوكالة .

وقيل : يصح . فإذا حلف الموكل ما أذن له : لزم الوكيل .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : وَكَّلْتَنِى أَنْ أَتزَوّجَ لَكَ فُلاَنَةَ ، فَفَعَلْتُ . وَصَدّقَتْهُ المرأةُ ، فَأنْكَرَهُ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ المنكِرِ ﴾ .

نص عليه بغير يمين . قال الإمام أحمد رحمه الله : لا يستحلف .

قال القاضى : لأن الوكيل يدعى حقاً لغيره . فأما إن ادعته المرأة : فينبغى أن يستحلف . لأنها تدعى الصداق فى ذمته . وقاله الأصحاب بعده . وهو صحيح .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُ الوَكِيلَ نِصْفُ الصَّدَاق ؟ على روايتين ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والمحرر ، وشرحه .

إحداهما : لا يلزمه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والمصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى .

والرواية الثانية : يلزمه . وقدمه فى الرعايتين ، والحاويين . وجزم به ابن رزين فى نهايته ، ونظمها . وصححه فى النظم .

فوائد

الأولى : يلزم الموكل تطليقها ، على الصحيح من المذهب . صححه فى النظم . وقدمه الرعايتين ، والحاويين .

وقيل : لا يلزمه . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

الثانية : لو اتفق على أنه وكله فى النكاح . فقال الوكيل « تزوجت لك » وأنكره الموكل . فالقول قول الوكيل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والحاوى الكبير ، والفائق .

وعنه القول قول الموكل . لاشتراط البينة . اختاره القاضى ، وغيره . وجزم به فى الحاوى الصغير .

قال فى الرعايتين : قبل قول الموكل فى الأقيس .

وذكره فى التلخيص ، والترغيب عن أصحابنا ، كأصل الوكالة .

فعلى هذه الرواية : يلزم الموكل طلاقها ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . كالأولى . وقيل : لايلزمه .

وعلى الرواية الثانية : لايلزم الوكيل نصف المهر إلا بشرط .

الثالثة : لو قال « وكلتنى فى بيع كذا » فأنكر الموكل ، وصدق البائع : لزم وكيله فى ظاهر كلام المصنف . قاله فى الفروع ، وقال : وظاهر كلام غيره : أنه كمهر ، أو لايلزمه شىء . لعدم تفريطه بترك البينة . قال : وهو أظهر .

الرابعة : قوله ﴿ فَلَوْ قَالَ : بِعْ ثَوْبِي بِعَشَرَةٍ ، فَمَا زَادَ فَلَكَ : صَحَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾

قال الإمام أحمد رحمه الله : هل هذا إلا كالمضاربة ؟ واحتج له بقول ابن عباس — يعنى أنه أجاز ذلك — وهو من مفردات المذهب .

لكن لو باعه نسيئة بزيادة ، فإن قلنا : لايصح البيع . فلا كلام ، وإن قلنا : يصح ، استحق الزيادة . جزم به فى الفروع ، وغيره .

الخامسة : يستحق الجعل قبل قبض الثمن ، مالم يشترط عليه الموكل . جزم به فى المغنى ، والشرح .

وقال فى الفروع : وهل يستحق الجعل قبل تسليم ثمنه ؟ يتوجه فيه خلاف .

السادسة : يجوز توكيله بجعل معلوم أياما معلومة ، أو يعطيه من الألف شيئاً معلوماً ، لا من كل ثوب كذا ، لم يصفه ، ولم يقدر ثمنه فى ظاهر كلامه . واقتصر عليه فى الفروع . وله أجر مثله .

و إن عين الثياب المعينة فى بيع ، أو شراء من معين . ففى الصحة خلاف . قاله فى الفروع .

قلت : الصواب الصحة .

السابعة : لا يصح التوكيل بجعل مجهول . ولـكن يصح تصرفه بالإذن . و يستحق أجرة المثل .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ حَقٌّ لإِنْسَانٍ ، فَادَّعى رَجُلٌ أَنَهُ وكِيلُ صَاحِبِهِ فى قَبْضِهِ ، فَصَدَّقَهُ : لَمْ يَلْزَمْهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ . وَإِنْ كَذَبَهُ : لَمْ يُسْتَحْلَفْ ﴾

بلا نزاع . كدعوى وصية .

فإن دفعه إليه . فأنـكر صاحب الحق الوكالة : حلف ، ورجع على الدافع وحده .

فإن كان المدفوع وديعة ، فوجدها أخذها . و إن تلفت ، فله تضمين من شاء منهما . ولا يرجع من ضمنه على الآخر .

وقال فى الفروع : ومتى أنـكر رب الحق الوكالة : حلف ، ورجع على الدافع . و إن كان ديناً ، وهو على الوكيل ، مع بقائه أو تعديه ـ و إن لم يتعد فيه ـ مع تلفه : لم يرجع على الدافع . و إن كان عينا أخذها . ولا يرجع من ضمنه على الآخر . انتهى .

فائدة : متى لم يصدق الدافع الوكيل : رجع عليه . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله وفاقا . وقال : مجرد التسليم ليس تصديقاً .

وقال : و إن صدقه ضمن أيضاً فى أحد القولين فى مذهب الإمام أحمد ، بل نصه . لأنه إن لم يتبين صدقه ، فقد غرّه .

ولو أخبر بتوكيل ، فظن صدقه : تصرف وضمن « فى ظاهر قوله ». قاله فى الفروع .

وقال الأزجى : إذا تصرف بناء على هذا الخبر ، فهل يضمن ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضى فى الخلاف ، بناء على صحة الوكالة وعدمها « وإسقاط التهمة فى شهادته لنفسه .

والأصل فى هذا : قبول الهدية إذا ظن صدقه ، و إذن الغلام فى دخوله بناء على ظنه .

ولو شهد بالوكالة اثنان ، ثم قال أحدهما « قد عزله » لم تثبت الوكالة ، على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويتوجه بلى . كقوله بعد حكم الحاكم بصحتها . وكقول واحد غيرهما .

ولو أقاما الشهادة حسبُ بلا دعوى الوكيل ، فشهدا عند الحاكم : أن فلانا الغائب وكل هذا الرجل فى كذا . فإن اعترف ، أو قال « ماعلمت هذا ، وأنا أتصرف عنه » ثبتت وكالته . وعكسه « ماأعلم صدقهما » فإن أطلق ، قيل: فسره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ ادَّعَى أَنْ صَاحِبَ الْحَقِّ أَحَالَهُ بِهِ ، فَفِى وُجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهِ ـ مَعَ التَّصْدِيقِ وَالْيَمِينِ مَعَ الْإِنْكَارِ ـ وَجْهَانِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، وعقود ابن البنا ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص « والبلغة ، والمحرر ، والحاويين ، والفروع ، والفائق ، ونهاية ابن رزين . ونظمها « و إدراك الغاية .

أحدهما : لايجب الدفع إليه مع التصديق « ولا اليمين مع الإنكار، كالوكالة .

قال فى الفروع : هذا أولى .

قال المصنف ، والشارح : هذا أشبه وأولى . لأن العلة فى جواز منع الوكيل : كون الدافع لايبرأ . وهى موجودة هنا . والعلة فى وجود الدفع إلى الوارث : كونه

مستحقا ، والدفع إليه يبرىء . وهو متخلف هنا . فإلحاقه بالوكيل أولى . انتهيا .

وجزم به الأدمى فى منتخبه . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهذا المذهب ، على ما اصطلحناه فى الخطبة .

قال فى تصحيح المحرر : وذكر ابن مصنف المحرر فى شرح الهداية ـ لوالده ـ أن عدم لزوم الدفع اختيار القاضى .

والوجه الثانى : يجب الدفع إليه ، مع التصديق ، واليمين مع الإنكار . صححه فى التصحيح ، والنظم .

قال فى الرعايتين : لزمه ذلك فى الأصح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به الوجيز . وصححه شيخنا فى تصحيح المحرر . وقدمه فى تجريد العناية .

فائدة : تقبل بينة المحال عليه على المحيل . فلا يطالبه . وتعاد لغائب محتال بعد دعواه . فيقضى بها له إذن .

قوله ﴿ فَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ مَاتَ ، وَأَنَا وَارِثُهُ : لَزِمَهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، مَعَ التَّصْدِيقِ ، وَالْيَمِينُ مَعَ الإِنْكَارِ ﴾

وهذا بلا نزاع ، وسواء كان دينا أو عينا ، وديعة أو غيرها .

وقد تقدم الفرق بين هذه المسألة و بين مسألة الحوالة . والله أعلم .

كتاب الشركة

فوائد

الأولى « الشركة » عبارة عن اجتماع فى استحقاق ، أو تصرف . فالأول : شركة ملك أو استحقاق . والثانى : شركة عقود . وهى المراد هنا .

الثانية : لا تكره مشاركة الكتابى إذا ولى المسلم التصرف ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به الأكثر . وكرهها الأزجى .

وقيل : تكره مشاركته إذا كان غير ذمى .

الثالثة : تكره مشاركة المجوسى . نص عليه .

قلت : ويلحق به الوثنى ومن فى معناه .

الرابعة : تكره مشاركة من فى ماله حلال وحرام ، على الصحيح من المذهب . اختاره جماعة . وقدمه فى الفروع .

وعنه : تحرم . جزم به فى المنتخب . وجعله الأزجى قياس المذهب .

ونقل جماعة : إن غلب الحرام : حرمت معاملته ، وإلا كرهت .

وقيل : إن جاوز الحرام الثلث : حرمت معاملته ، وإلا كرهت .

الخامسة : قيل « العنان » مشتق من عَنَّ إذا عرض . فكل واحد من الشريكين عَنَّ له أن يشارك صاحبه . قاله الفراء وابن قتيبة وغيرهما .

وقيل : هو مصدر من المعارضة . فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله .

وقيل : سميت بذلك ، لأنهما يتساويان فى المال والتصرف ، كالفارسين إذا سَوَّيا بين فرسيهما ، وتساويا فى السير . فإن عنانيهما يكونان سواء . قطع به فى التلخيص ، وغيره .

قوله ـ فِي شِرْكَةِ العِنَانِ ـ ﴿ وَهِيَ : أَن يَشْتَرِكَ اثْنَانِ بِمَالَيْهِمَا ﴾ .

يعني : سواء كانا من جنس أو جنسين .

من شرط صحة الشركة : أن يكون المالان معلومين . وإن اشتركا في مختلط بينهما شائعاً : صح . إن علما قدر ما لكل واحد منهما .

ومن شرط صحتها أيضاً : حضور المالين . على الصحيح من المذهب . لتقدير العمل ، وتحقيق الشركة إذن ، كالمضاربة . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : أو حضور مال أحدهما . اختاره القاضي في المجرد . وحمله في التلخيص على شرط إحضاره .

وقوله ﴿ لِيَعْمَلَا فِيهِ بِبَدَنَيْهِمَا ﴾ بلا نزاع .

والصحيح من المذهب : أو يعمل فيه أحدهما ، لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله .

قال في الفروع : والأصح : وأحدهما بهذا الشرط .

وقال في الرعاية الكبرى : أو يعمل فيه أحدهما في الأصح فيه . انتهى .

وقال في التلخيص : فإن اشتركا على أن العمل من أحدهما في المالين : صح . ويكون عناناً ومضاربة .

وقال في المغني : هذا شركة ومضاربة . وقاله في الكافي ، والشارح .

وقال الزركشي : هذه الشركة تجمع شركة ومضاربة . فمن حيث إن كل واحد منهما يجمع المال : تشبه شركة العنان ، ومن حيث إن أحدهما يعمل في مال صاحبه في جزء من الربح : هي مضاربة . انتهى .

وهي شركة عنان ، على الصحيح من المذهب . وقيل : مضاربة .

فإن شرط له ربحاً قدر ماله : فهو إبضاع .

وإن شرط له ربحاً أقل من ماله : لم يصح على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع ، والرعاية الكبرى . وجزم به في المغني ، والشرح ، والرعاية الصغرى ،

والفائق ، والحاويين ، وغيرهم . واختاره القاضي في المجرد .

وفيه وجه آخر . وهو ظاهر كلام الخرقي . وذكره القاضي في العارية في المجرد . وأطلقهما في التلخيص .

قوله ﴿ فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُ كُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِيهِمَا بِحُكْمِ الْمِلْكِ فِي نَصِيبِهِ ، وَالْوَكَالَةِ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ ﴾ بلا نزاع .

وقال في الفروع : وهل كل منهما أجير مع صاحبه ؟ فيه خلاف .

فإن كان أجيراً مع صاحبه ، فما ادعى تلفه بسبب خفي : خرج على روايتين .

قاله في الترغيب . وإن كان بسبب ظاهر : قبل قوله .

ويقبل قول رب اليد : أن مابيده له .

ولو ادعى أحدهما القسمة : قبل قول منكرها .

قوله ﴿ وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ . أَحَدُهُمَا : أَنْ يَكُونَ رَأْسُ الْمَالِ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ ﴾ .

هذا المذهب . قاله المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وصاحب الفروع ، وغيرهما . هذا ظاهر المذهب .

قال في المذهب ، ومسبوك الذهب : هذا أصح الروايتين .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

وجزم به في تذكرة ابن عقيل ، وخصال ابن البنا ، والجامع ، والمبهج ، والوجيز ، والمذهب الأحمد ، ومنتخب الأدمي ، وغيرهم .

وقدمه في الخلاصة ، والهادي ، والمغني ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وشرح ابن منجا ، وغيره .

وعنه : تصح بالعروض .

قال ابن رزين فى شرحه : وعنه : تصح بالعروض وهى أظهر . واختاره أبو بكر ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، والنظم .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والكافى ، والتلخيص .

فعلى الرواية الثانية : يجعل رأس المال قيمتها وقت العقد ، كما قال المصنف . ويرجع كل واحد منهما عند المفارقة بقيمة ماله عند العقد ، كما جعلنا نصابها قيمتها ، وسواء كانت مثلية أو غير مثلية .

[وقال فى الفروع : عند العقد . كما جعلنا نصابها قيمتها ، وسواء كانت مثلية أو غير مثلية][1] .

وقال فى الفروع ، وقيل : فى الأظهر تصح بمثلى .

وقال فى الرعاية ، وعنه : تصح بكل عرض متقوم .

وقيل : مثلى . ويكون رأس المال مثله وقيمة غيره . انتهى .

قوله ﴿ وهَلْ تَصِحُّ بِالْمَغْشُوشِ وَالْفُلُوسِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم تصح بالعروض . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والهداية ، والمستوعب ، والخلاصة . ذكروه فى المضاربة ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا . وأطلقهما فى الشرح في المغشوس .

أحدهما : لاتصح . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز ، وقدمه ابن رزين . وقدمه فى المغنى ، وشرح المجد ، والشرح : فى الفلوس . وقالا : حكم المغشوش حكم العروض . وكذا قال فى الكافى .

---

(١) مابين المربعين ليس فى نسخة المصنف .

والوجه الثانى : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته إذا كانت نافقة .

وقال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن علم قدر الغش وجازت المعاملة : صحت الشركة ، وإلا فلا .

وإن قلنا الفلوس موزونة كأصلها ، أو أثمان : صحت ، وإلا فلا . انتهى .

وصاحب الفروع : اشترط النفاق فى المغشوش ، كالفلوس . وذكر وجهاً فيها بالصحة ، وإن لم تكن نافقة كالفلوس .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف فى الفلوس : أنها سواء كانت نافقة أو لا . وهو أحد الوجهين .

والصحيح من المذهب : أن محل الخلاف : إذا كانت نافقة . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وفى الترغيب : فى الفلوس النافقة روايتان .

فائدة : إذا كانت الفلوس كاسدة ، فرأس المال قيمتها ، كالعروض . وإن كانت نافقة : كان رأس المال مثلها . وكذلك الأثمان المغشوشة إذا كانت نافقة .

وقيل : رأس المال قيمتها ، وإن قلنا الفلوس النافقة كنقد : فمثلها . وإن قلنا كعرض : فقيمتها . وكذا النقد المغشوش . قاله فى الرعاية .

فوائد

إحداها : حكم «النُّقرة»[1] وهى التى لم تضرب : حكم الفلوس . قاله الأصحاب

الثانية : حكم المضاربة — فى اختصاص النقدين بها . والعروض ، والمغشوش ، والفلوس — حكم شركة العنان ، خلافاً ومذهباً . قاله الأصحاب .

الثالثة : لا أثر لغش يسير فى ذهب وفضة إذا كان للمصلحة ، كحبة فضة ونحوها

(١) بضم النون : سبيكة الفضة .

فى دينار ، فى شركة العنان والمضاربة والربا وغير ذلك . قاله المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿وَالثَّانِى : أَنْ يَشْتَرِطَا لِكُلِّ وَاحِدٍ جُزْءًا مِنَ الرِّبْحِ مُشَاعًا مَعْلُومًا . فَإِنْ قَالَا : الرِّبْحُ بَيْنَنَا ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ . فَإِنْ لَمْ يَذْكُرَا الرِّبْحَ ، أَوْ شرطا لِأَحَدِهِمَا جُزْءًا مَجْهُولًا ، أَوْ دَرَاهِمَ مَعْلُومَةً ، أَوْ رِبْحَ أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ : لَمْ يَصِحَّ﴾ بلا نزاع فى ذلك .

قوله ﴿وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَخْلِطَا الْمَالَيْنِ﴾

بل يكفى النية إذا عيناهما . وقطع به الأصحاب . وهو من المفردات . وجزم به ناظمها . لأنه مورد عقد الشركة . ومحله العمل . والمال تابع ، لا العكس . والربح نتيجة مورد العقد .

فائدة : لفظ « الشركة » يغنى : عن إذن صريح بالتصرف . على الصحيح من المذهب . وهو المعمول به عند الأصحاب . قاله فى الفصول .

قال فى الفروع : ويغنى لفظ « الشركة » على الأصح . وقدمه فى التلخيص والفائق .

وعنه : لابد من لفظ يدل على الإذن . نص عليه . وهو قول فى التلخيص . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿وَإِنْ تَلِفَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ : فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِمَا﴾ .

يعنى إذا تلف بعد عقد الشركة . وشمل مسألتين .

إحداهما : إذا كانا مختلطين . فلا نزاع أنه من ضمانهما .

الثانية : إذا تلف قبل الاختلاط فهو من ضمانهما أيضاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : من ضمان صاحبه فقط . ذكرها فى التمام .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَرُدَّ بِالْعَيْبِ ﴾ .

يعنى ولو رضى شريكه ، وله أن يقرَّ به بلا نزاع .

قال فى التبصرة : ولو بعد فسخها .

قوله ﴿ وَأَنْ يُقَايِل ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى ، والشرح ، والفروع : ويقايل فى الأصح .

وقال فى المغنى : الأولى : أنه يملك الإقالة . لأنها إذا كانت بيعاً : فهو يملك البيع . وإن كانت فسخاً : فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب إذا رأى المصلحة فيه . فكذلك يملك الفسخ بالإقالة إذا كان فيه حظ . فإنه يشترى مايرى أنه قد غبن فيه . انتهى .

قال فى القواعد : الأكثرون على أن المضارب ، والشريك : يملك الإقالة للمصلحة . سواء قلنا : هى بيع ، أو فسخ . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : ليس له ذلك . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يجوز مع الإذن ، وإلا فلا .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن لا يملكها ، إذا قلنا : هى فسخ .

قال ابن منجا فى شرحه ، قال فى المغنى : إن قلنا هى بيع : ملكها . لأنه يملك البيع . وإن قلنا هى فسخ : لم يملكها . لأن الفسخ ليس من التجارة .

ثم قال فى المغنى : وقد ذكرنا أن الصحيح : أنها فسخ . فلا يملكها . انتهى .

ولعله رأى ذلك فى غير هذا المحل .

وقال فى الفصول ، على المذهب : لا يملك الإقالة . وعلى القول بأنها بيع : يملكها . وتقدم ذلك فى فوائد الإقالة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَاتِبَ الرَّقِيقَ ، وَلاَ يَعْتِقَهُ بِمَالٍ ، وَلاَ يُزَوِّجَهُ ﴾

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والفائق ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : له ذلك .

قلت : حيث كان فى عتقه بمال مصلحة : جاز .

قوله ﴿ وَلاَ يُقْرِضَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثر الأصحاب . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمغنى ، والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، ونحوهم . وقدمه فى الفروع .

وقال ابن عقيل : يجوز للمصلحة .

[يعنى : على سبيل القرض . صرح به فى التلخيص وغيره] .

قوله ﴿ وَلاَ يُضَارِبَ بِالْمَالِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه الأصحاب .

وفيه تخريج من جواز توكيله . ويأتى ذلك فى المضاربة عند قوله « وليس للمضارب أن يضارب الآخر » لأن حكمهما واحد .

فائدة : حكم المشاركة فى المال حكم المضاربة .

قوله ﴿ وَلاَ يَأْخُذَ بِهِ سَفْتَجَةً ﴾

وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يجوز أخذها .

قال فى الفروع : وهذا أصح . لأنه لاضرر فيها .

قلت : وهو الصواب . إذا كان فيه مصلحة .

وأما إعطاء السفتجة : فلا يجوز . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا وغيرهم ، كما جزم به المصنف هنا .

فائدتان

إحداهما : معنى قوله « يأخذ سفتجة » أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة . ويأخذ منه كتابا إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك المال .

ومعنى قوله « يعطيها » أن يأخذ من إنسان بضاعة ، ويعطيه بثمن ذلك كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفى منه ذلك . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما . لأن فيه خطراً .

الثانية : يجوز لكل واحد منهما أن يؤجر ويستأجر .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ أَنْ يُودِعَ ، أَوْ يَبِيعَ نَسَاءً ، أَوْ يُبْضِعَ ، أَوْ يُوَكِّلَ فِيمَا يَتَوَلَّى مِثْلَه ، أَوْ يَرْهَنَ ، أَوْ يَرْتَهِنَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أما جواز الإيداع : فأطلق المصنف فيه وجهين . وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أحدهما : يجوز عند الحاجة . وهو الصحيح من المذهب . وصححه فى التصحيح والنظم .

قال فى المغنى ، والشرح : والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة .

قال الناظم : وهو أولى . جزم به فى الوجيز .

والثانى :لا يجوز .

قال فى المحرر ، والفائق : لايملك الإيداع فى أصح الوجهين . وجزم به فى المنور ، ومنتخب الأزجى .

وأما جواز البيع نساء : فأطلق المصنف فيه وجهين . وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والزركشى . وأطلقهما الخرقى فى ضمان مال المضاربة .

أحدهما : له ذلك . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى الكافى وغيره .

وقال فى الفائق : ويملك البيع نساء ، فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : وهو مقتضى كلام الخرقى . وصححه فى التصحيح .

قال الناظم : هذا أقوى .

قال فى الفروع : ويصح فى الأصح . ذكره فى باب الوكالة ، عند الكلام على جواز بيع الوكيل نساء . وقدمه فى المحرر هناك . واختاره ابن عقيل .

وجزم المصنف فى باب الوكالة بجواز البيع نساء للمضارب . وحكم المضاربة حكم شركة العنان .

والثانى : ليس له ذلك . جزم به فى منتخب الأزجى ، والعمدة .

فعلى هذا الوجه ، قال المصنف : هو من تصرف الفضولى .

وقال الزركشى : يلزمه ضمان الثمن .

قلت : وينبغى أن يكون حالا . والبيع صحيح . انتهى .

وأما جواز الإبضاع ـ ومعناه : أن يعطى من مال الشركة لمن يتجر فيه والربح كله للدافع ـ فأطلق المصنف فيه وجهين . وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين .

إحداهما : لايجوز له ذلك . وهو المذهب .

قال فى الفروع : ولا يبضع فى الأصح . وقدمه فى المحرر ، والفائق .

والوجه الثانى : يجوز . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . قال الناظم : هذا أولى .

وأما جواز التوكيل فيما يتولى مثله : فأطلق المصنف فيه الوجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واعلم أن فى جواز التوكيل فى شركة العنان والمضاربة طريقين .

أحدهما : أن حكمهما حكم توكيل الوكيل فيما يتولى مثله . وهى طريقة جمهور الأصحاب .

قال فى القواعد : هى طريقة القاضى ، والأكثرين . وهو كما قال .

وقد علمت الصحيح من المذهب : أنه لايجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله إذا لم يعجز عنه فكذلك هنا .

والطريق الثانى : يجوز لهما التوكيل هنا . وإن منعنا فى الوكيل . وقدمه فى المحرر . ورجحه أبو الخطاب فى رءوس المسائل . وصححه فى التصحيح . وذلك لعموم تصرفهما وكثرته ، وطول مدته غالباً . وهذه قرائن تدل على الإذن فى التوكيل فى البيع والشراء .

قال ابن رجب : وكلام ابن عقيل يشعر بالفرق بين المضارب والشريك . فيجوز للشريك التوكيل . لأنه علل بأن الشريك استفاد بعقد الشركة ماهو

دونه ، وهو الوكالة . لأنها أخص والشركة أعم . فكان له الاستنابة فى الأخص . بخلاف الوكيل . فإنه استفاد بحكم العقد مثل العقد . وهذا يدل على إلحاقه المضارب بالوكيل . انتهى .

ويأتى فى المضاربة : هل للمضارب أن يدفع مال المضاربة لآخر ليضارب به أم لا ؟

وأما جواز رهنه وارتهانه : فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يجوز . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : أصح الوجهين : له ذلك عند الحاجة .

قال فى الفروع : له أن يرهن ويرتهن فى الأصح .

قال فى النظم : هذا الأقوى . وصححه فى التصحيح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى منتخب الأزجى .

قال فى الوجيز ، والمنور : ويفعل المصلحة . وقدمه في المحرر ، والفائق .

والوجه الثانى : المنع من ذلك .

فائدتان

إحداهما : يجوز له السفر . على الصحيح من المذهب ، مع الإطلاق . جزم به فى منتخب الأزجى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والمحرر .

قال القاضى : قياس المذهب جوازه .

وعنه لا يسوغ له السفر بلا إذن . نصرها الأزجى . وهما وجهان مطلقان فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

الثانية : لو سافر والغالب العطب : ضمن . على الصحيح من المذهب . ذكره

أبو الفرج . وقدمه فى الفروع ، وقال : وظاهر كلام غيره : وفيما ليس الغالب السلامة : يضمن أيضاً . انتهى .

قال فى الرعاية : و إن سافر سفراً ظنه آمناً : لم يضمن . انتهى .

وكذا حكم المضاربة .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَدِينَ ﴾

بأن يشترى بأكثر من رأس المال .

هذ المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : ولا يملك الاستدانة فى المنصوص . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، والكافى ، وغيرهم . وصححه فى النظم وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يجوز له ذلك .

قال القاضى : إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما .

فائدتان

إحداهما : لايجوز له الشراء بثمن ليس معه من جنسه ، غير الذهب والفضة ، على الصحيح من المذهب . وعليه الجمهور . وجزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف : يجوز كما يجوز بفضة ومعه ذهب وعكسه .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى النظم .

الثانية : لو قال له « اعمل برأيك » جاز له فعل كل ماهو ممنوع منه مما تقدم إذا رآه مصلحة . قاله أكثر الأصحاب .

وقال القاضى فى الخصال : ليس له أن يقرض ، ولا يأخذ سفتجة على سبيل القرض . ولا يستدين عليه . وخالفه ابن عقيل وغيره . ذكره فى المستوعب فى المضاربة . وقدم ماقاله القاضى فى التلخيص .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَإِنْ أَخَّرَ حَقَّهُ مِنَ الدَّيْنِ : جَازَ ﴾

أنه لا يجوز تأخير حق شريكه . وهو صحيح . وهو المذهب . قدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يجوز تأخيره أيضاً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَاسَمَا الدَّيْنَ فِى الذِّمَّةِ : لَمْ يَصِحّ فِى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

وهو المذهب .

قال فى المغنى : هذا الصحيح . وصححه فى التصحيح . واختاره أبو بكر . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والمستوعب ، والشرح ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : لا يقسم على الأشهر .

قال ابن رزين فى شرحه : لا يجوز فى الأظهر .

والرواية الثانية : يصح . صححه فى النظم . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الرعايتين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير .

تنبيه : مراده بقوله « فى الذمة » الجنس .

فمحل الخلاف : إذا كان فى ذمتين فأكثر . قاله الأصحاب .

أما إذا كان فى ذمة واحدة : فلا تصح المقاسمة فيها ، قولاً واحداً . قاله فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز أيضاً . ذكره عنه فى الاختيارات وذكره ابن القيم رحمه الله رواية فى أعلام الموقعين .

فائدة : لو تكافأت الذمم ، فقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : قياس المذهب من الحوالة على ملىء : وجوبه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَبْرَأَ مِنَ الدَّيْنِ : لَزِمَ فِى حَقِّه ، دُونَ حَقِّ صَاحِبِهِ ﴾ .

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّ بِمَال ﴾ .

يعنى لا يقبل فى حق شريكه . ويلزم فى حقه . وهو المذهب . سواء كان بعين ، أو بدين . جزم به فى الوجيز ، والكافى . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والشرح . وجزم به فى المغنى .

وقال : إن أقر ببقية ثمن المبيع ، أو بجميعه ، أو بأجر المنادى ، أو الحمال ونحوه وأشباه هذا : ينبغى أن يقبل . لأنه من توابع التجارة .

وقال القاضى فى الخصال : يقبل إقراره على مال الشركة . وصححه فى النظم .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما فى الفروع .

فائدة حسنة : إذا قبض أحد الشريكين من مال مشترك بينهما بسبب واحد — كإرث ، أو إتلاف ، قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : أو ضريبة سبب استحقاقها واحد — فلشريكه الأخذ من الغريم . وله الأخذ من الآخذ . على الصحيح من المذهب .

قال فى المغنى ، والشرح : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الرعايتين ، والحاويين : له ذلك . على الأصح . وجزم به فى المحرر ، والنظم ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع ، وقال : جزم به الأكثر . ونص عليه فى رواية حنبل ، وحرب .

وقال أبو بكر : العمل عليه .

وعنه : لا يشاركه فيما أخذ . كما لو تلف المقبوض فى يد قابضه . فإنه يتعين حقه فيه . ولا يرجع على الغريم ، لعدم تعديه . لأنه قدر حقه . وإنما شاركه لثبوته مشتركا . مع أن الأصحاب ذكروا لو أخرجه القابض برهن ، أو قضاء دين : فله أخذه من يده ، كمقبوض بعقد فاسد .

قال فى الفروع : فيتوجه منه : تعديه فى التى قبلها و يضمنه . وهو وجه فى النظم . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

و يتوجه من عدم تعديه : صحة تصرفه . وفى التفرقة نظر ظاهر . انتهى .

فإن كان القبض بإذن شريكه ، أو بعد تأجيل شريكه حقه ، أو كان الدين بعقد . فوجهان . وأطلقهما فى الفروع . وأطلقهما فى النظم ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، فيما إذا كان الدين بعقد .

والصحيح منهما : أنه كالميراث وغيره ، كما تقدم .

قال المصنف ، والشارح : هذا ظاهر المذهب ، فيما إذا كان بعقد .

وقالا فيما إذا أجل حقه : ماقبضه الآخر لم يكن لشريكه الرجوع عليه . ذكره القاضى .

قال : والأولى أن له الرجوع .

وقال فى المحرر ، والرعايتين ، والحاويين ، والفائق : وإن قبضه بإذنه : فلا مخاصمة فى الأصح . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته . واختاره الناظم .

وقال فى الفائق : فإن كان بعقد ، فلشريكه حصته . على أصح الروايتين .

قال فى الفروع : ونصه ـ فى شريكين وليا عقد مداينة ـ لأحدهما أخذ نصيبه . وفى دين من ثمن مبيع ، أو قرض ، أو غيره : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الذى يظهر : أنه كالدين الذى بعقد . بل هو من جملته .

فأما فى الميراث : فيشاركه . لأنه لايتجزأ أصله . ولو أبرأ منه : صح فى نصيبه . ولو صالح بعرض : أخذ نصيبه من دينه فقط . ذكره القاضى . واقتصر عليه فى الفروع وللغريم التخصيص ، مع تعدد سبب الاستحقاق . ولكن ليس لأحدهما إكراهه على تقديمه .

تنبيه : ذكر هذه المسألة فى المحرر والفروع فى التصرف فى الدين .

وذكرها المصف والشارح وغيرهما فى هذا الباب .

وذكرها فى الرعايتين والحاويين والنظم فى آخر باب الحوالة . ولكل منها وجه

قوله ﴿ وَمَا جَرَتْ الْعَادَةُ أنْ يَسْتَنِيبَ فيهِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَفْعَلُهُ ﴾ بلا نزاع .

لكن لو استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه ـ كنقل طعام بنفسه ، أو غلامه ، أو دابته ـ جاز كداره . قدمه فى الفروع . وقال : نقله الأكثر .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . ذكراه فى المضاربة .

وعنه : لايجوز . لعدم إيقاع العمل فيه . لعدم تميزنصيبهما . اختاره ابن عقيل .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَهُ لِيَأْخُذَ أُجْرَتَهُ . فَهَلْ لَهُ ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : ليس له أخذ أجرة . وهو المذهب . صححه المصنف فى المغنى ، وصاحب التصحيح ، والنظم .

قال فى الفروع : ليس له فعله بنفسه ، ليأخذ الأجرة بلا شرط . على الأصح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والمحرر ، والشرح .

والوجه الثانى : يجوز له الأخذ .

قوله ﴿ والشُّرُوطُ فِى الشركَةِ ضَرْبَانِ : صَحِيحٌ ، وَفَاسِدٌ . فالفاسد : مِثْلُ أنْ يَشْتَرِطَ مَا يَعُودُ بِجَهَالَةِ الرِّبْحِ ، أَوضمانِ المالِ ، أَو أَنَّ عَلَيْهِ مِنْ الوَضِيْعَةِ أَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ مَالِه ، أَو أَنْ يُوَلِّيَهُ مايَخْتَارُ مِنَ السِّلَعِ ، أَوْ يَرْتَفِقُ بها ، أَوْلاَ يَفْسَخُ الشرِكَةَ مُدَّةً بِعَيْنِها ، ونحو ذلك ﴾ .

فما يعود بجهالة الربح : يفسد به العقد ، مثل أن يشترط المضارب جزءا من

الربح مجهولا ، أو ربح أحد الكيسين ، أو أحد الألفين ، أو أحد العبدين ، أو إحدى السفرتين ، أو ماير بح فى هذا الشهر ، ونحو ذلك . فهذا يفسد العقد بلا نزاع .

قال فى الوجيز : وإن شرط توقيتها ، أو مايعود بجهالة الربح : فسد العقد . وللعامل أجرة المثل .

ويخرج فى سائرها روايتان . وشمل قسمين .

أحدهما : ماينافى مقتضى العقد ، نحو أن يشترط لزوم المضاربة ، أو لا يعزله مدة بعينها ، أو لايبيع إلا برأس المال أو أقل ، أو أن لايبيع إلا ممن اشترى منه ، أو شرط أن لايبيع أو لا يشترى ، أو أن يوليه مايختاره من السلع ونحو ذلك .

والثانى : كاشتراط ماليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه . نحو أن يشترط على المضارب : المضاربة له فى مال آخر ، أو يأخذه بضاعة ، أو قرضاً ، أو أن يخدمه فى شىء بعينه ، أو أن يرتفق ببعض السلع ، كلبس الثوب ، واستخدام العبد ، أو أن يشترط على المضارب ضمان المال ، أو سهماً من الوضيعة ، أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ونحو ذلك .

إحداهما : لايفسد العقد . وهو الصحيح من المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله . صححه فى التصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : المنصوص عن الإمام أحمد ــ رحمه الله ــ فى أظهر الروايتين : أن العقد صحيح .

قال فى الفروع ، فالمذهب : صحة العقد . نص عليه . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق . وجزم به فى الوجيز .

والرواية الثانية . يفسد العقد . ذكرها القاضى ، وأبو الخطاب .

وذكرها أبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد وغيرهم : تخريجاً من البيع والمزارعة .

قوله ﴿ وَإِذَا فَسَدَ الْعَقْدُ : قُسِّمَ الرِّبْحُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ﴾ .

هذا المذهب . قدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والفروع ، والحاوى

الصغير ، والفائق ، والمغنى . وقال : هذا المذهب . واختاره القاضى وغيره .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وعنه : إن فسد بغير جهالة الربح : وجب المسمى .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله ظاهر المذهب .

قال فى المغنى : واختار الشريف أبو جعفر : أنهما يقتسمان الربح على ماشرطاه . وأجراها مجرى الصحيحة . انتهى .

وأطلق فى الترغيب روايتين .

وأوجب الشيخ تقى الدين فى الفاسد نصيب المثل . فيجب من الربح جزء جرت العادة فى مثله . وأنه قياس مذهب الإمام أحمد رحمه الله . لأنها عنده مشاركة ، لا من باب الإجارة .

قوله ﴿ وَهَلْ يَرْجِعُ أَحَدُهُمَا بِأُجْرَةِ عَمَلِهِ ؟ على وجهين ﴾ .

هما روايتان فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والفائق .

أحدهما له الرجوع . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : يرجع بها على الأصح .

وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير : واختاره القاضى . ذكره فى التصحيح الكبير .

والوجه الثانى : لايرجع . اختاره الشريف أبو جعفر . وأجراها كالصحيحة .

فائدتاه

إحداهما : لو تعدى الشريك مطلقاً ضمن . والربح لرب المال ، على الصحيح من المذهب . ونقله الجماعة . وهو المذهب عند أبى بكر ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وذكر جماعة : إن اشترى بعين المـال فهو كفضولى . ونقله أبو داود .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

وذكر بعضهم : إن اشترى فى ذمته لرب المال ، ثم نقده وربح ، ثم أجازه : فله الأجرة فى رواية . وإن كان الشراء بعينه فلا .

وعنه : له أجرة مثله . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . ذكروه فى تعدى المضارب .

وقال فى المغنى ، والشرح : له أجرة مثله مالم يحط بالربح . ونقله صالح ، وأن الإمام أحمد رحمه الله كان يذهب إلى أن الربح لرب المـال ، ثم استحسن هذا بعد . وهو قول فى الرعاية .

وعنه : له الأقل منهـا ، أو ماشرط من الربح .

وعنه : يتصدقان به .

وذكر الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه بينهما على ظاهر المذهب .

وفى بعض كلامه : إن أجازه بقدر المال والعمل . انتهى .

قال ناظم المفردات :

وإن تعدى عامل ما أمرا ... به الشريك ثم ربح ظهرا

وأجرة المثـل له . وعنـه لا ... والربح للمالك نص نقلا

وعنـه بل صدقه ذا يحسن ... لأن ذاك ربح ما لا يضمن

ذكرها فى المضاربة .

الثانية : قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : الربح الحاصل من مال لم يأذن مالـكه فى التجارة به ، قيل : للمالك . وقيل : للعامل . وقيل : يتصدقان به . وقيل : بينهما على قدر النفعين ، بحسب معرفة أهـل الخبرة . قال : وهو أصحها ، إلا أن يتجر به على غير وجه العدوان ، مثل : أن يعتقد أنه مال نفسه ، فيبين مال غيره . فهنا يقتسمان الربح بلا ريب .

وقال فى الموجز ـ فيمن اتجر بمال غيره مع الربح فيه ـ : له أجرة مثله . وعنه يتصدق به .

وذكر الشيخ تقى الدين أيضاً فى موضع آخر : أنه إن كان عالماً بأنه مال الغير ، فهنا يتوجه قول من لايعطيه شيئاً . فإذا تاب أبيح له بالقسمة . فإذا لم يتب ففى حله نظر .

قال : وكذلك يتوجه فيما إذا غصب شيئاً ـ كفرس ـ وكسب به مالا : يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما ، بأن تُقوَّم منفعة الراكب ومنفعة الفرس ، ثم يقسم الصيد بينهما .

وأما إذا كسب : فالواجب أن يعطى المالك أكثر الأمرين : من كسبه ، أو قيمة نفعه . انتهى .

فائدة « المضاربة » هى دفع ماله إلى آخر يَتَّجِر به . والربح بينهما . كما قال المصنف . وتسمى « قراضا » أيضاً .

واختلف فى اشتقاقها . والصحيح : أنها مشتقة من الضرب فى الأرض . وهو السفر فيها للتجارة غالباً .

وقيل : من ضرب كل واحد منهما بسهم فى الربح .

و « القراض » مشتق من القطع على الصحيح . فكأن رب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها إلى العامل ، واقتطع له قطعة من الربح .

وقيل : مشتق من المساواة والموازنة . فمن العامل : العمل ، ومن الآخر : المال . فتوازنا .

ومبنى « المضاربة » على الأمانة والوكالة . فإذا ظهر ربح صار شريكا فيه .
فإن فسدت : صارت إجارة . ويستحق العامل أجرة المثل .
فإن خالف العامل صار غاصباً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : خُذْهُ مُضَارَبَةً ، وَالرِّبْحُ كُلُّهُ لَكَ ، أَوْ لِي : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

يعنى إذا قال إحداهما ، مع قوله « مضاربة » لم يصح . وهذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

قال القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وغيرهم : هى مضاربة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل .

وكذا قال فى المغنى ، لكنه قال : لا يستحق شيئاً فى الصورة الثانية ، لأنه دخل على أن لا شىء له ورضى به .

وقاله ابن عقيل فى موضع آخر من المساقاة .

وقال فى المغنى ، فى موضع آخر : إنه إبضاع صحيح .

فراعى الحكم دون اللفظ .

وعلى هذا : يكون فى الصورة الأولى قرضاً . ذكره فى القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : وَلِي ثُلُثُ الرِّبْحِ ﴾

يعنى ، ولم يذكر نصيب العامل .

﴿ فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يصح . والباقى بعد الثلث للعامل . وهو الصحيح من المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، وابن الجوزى فى المذهب ، والناظم ، وصاحب الفروع ، والفائق ، والتصحيح ، وغيرهم . وجزم به فى المحرر ، والوجيز . واختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل . وقالا : اختاره ابن حامد . ذكره فى التصحيح الكبير .

والثانى : لا يصح . فتكون المضاربة فاسدة .

فعلى المذهب : لو أتى معه بربع عشر الباقى ونحوه : صح . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : فى الأصح .

وقيل : لا يصح . ويكون الربح لرب المال . وللعامل أجرة مثله . نص عليه .

فائدتان

إحداهما : لو قال « لك الثلث ولى النصف » صح . وكان السدس الباقى لرب المال . قاله فى الرعاية الكبرى ، وغيرها .

الثانية : حكم المساقاة والمزارعة : حكم المضاربة فيما تقدم .

قوله ﴿ وَحُكْمُ المضَارَبَةِ : حُكْمُ الشَرِكَةِ فِيمَا لِلْعَامِلِ أَنْ يَفعَلَهُ أَوْ لاَ يَفعَلَهُ ، وَمَا يَلزَمُهُ فِعْلُهُ ﴾ .

وفيما تصح به الشركة من العروض والمغشوش والفلوس والنقرة خلافا ومذهبا وهكذا قال جماعة .

أعنى : أنهم جعلوا شركة العنان أصلا ، وألحقوا بها المضاربة .

وأكثر الأصحاب قالوا : حكم شركة العنان حكم المضاربة فيما له وعليه ، وما يمنع منه . فجعلوا المضاربة أصلا .

واعلم أنه لا خلاف فى أن حكمهما واحد فيما ذكروا .

قوله ﴿ وَفِي الشُّرُوطِ : وَإِنْ فَسَدَتْ فَالرِّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلعَامِلِ الأُجْرَةُ ﴾ خسر أو كسب .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه . وجزم به فى الوجيز ، والهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والخلاصة .

وقال : وعنه يتصدقان بالربح . انتهى .

وعنه : له الأقل من أجرة المثل ، أو ما شرطه له من الربح .

واختار الشريف أبو جعفر : أن الربح بينهما على ما شرطاه . كما قال فى شركة العنان ، على ما تقدم .

فائدة : لو لم يعمل المضارب شيئاً ، إلا أنه صرف الذهب بالورِق ، فارتفع الصرف : استحق لمَّا صرفها . نقله حنبل . وجزم به فى الفروع .

قلت : وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَا تَأْقِيتَ الْمُضَارَبَةِ . فَهَلْ تَفْسُدُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والتلخيص والمحرر .

إحداهما : لا تفسد . وهو الصحيح من المذهب . نصره المصنف ، والشارح وصححه فى الفروع ، والنظم ، والفائق ، والتصحيح ، وتصحيح المحرر ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الكافى . وقال : نص عليه .

والرواية الثانية : تفسد . جزم به فى الوجيز ، والمنور . واختاره أبو حفص العكبرى ، والقاضى فى التعليق الكبير . قاله فى التلخيص . وقدمه فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال فى الرعاية الكبرى ، وإن قال : ضاربتك سنة ، أو شهراً : بطل الشرط . وعنه : والعقد .

قلت : وإن قال : لاتبع بعد سنة بطل العقد . وإن قال : لا تبتع بعدها : صح . كما لو قال : لا تتصرف بعدها . ويحتمل بطلانه .

فعلى المذهب ، لو قال : متى مضى الأجل فهو قرض . فمضى وهو متاع . فلا بأس إذا باعه أن يكون قرضاً . نقله مهنا . وقاله أبو بكر ، ومن بعده .

ويصح قوله : إذا انقضى الأجل فلا تشتر ، على الصحيح من المذهب .

وفيه احتمال لايصح . قاله فى الفروع وغيره .

وتقدم كلامه فى الرعاية .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : بِـعْ هَذَا العَرَضَ وَضَارِبْ بِثَمَنِهِ صح ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ويصح فى المنصوص . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لايصح ، وهو تخريج .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : ضَارِبْ بِالدَّيْنِ الَّذِى عَلَيْكَ : لَمْ يَصِحَّ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به الخرقى ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر . ذكره فى باب التصرف فى الدين بالحوالة وغيرها . وقدمه فى الفروع . ذكره فى آخر باب السلم .

وعنه : يصح . وهو تخريج فى المحرر ، واحتمال لبعض الأصحاب .

وبناه القاضى على شرائه من نفسه . وبناه فى النهاية على قبضه من نفسه لموكله . وفيهما روايتان .

فوائد

منها : لو قال : إذا قبضت الدين الذى على زيد ، فقد ضاربتك به : لم يصح وله أجرة تصرفه .

قال فى الرعاية ، قلت : يحتمل صحة المضاربة . إذ يصح عندنا تعليقها على شرط

ومنها : لو كان فى يده عين مغصوبة ، فقال المالك : ضارب بها : صح . ويزول ضمان الغصب . جزم به فى التلخيص ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضي : لايزول ضمان الغصب بعقد المضاربة .

ومنها : لو قال : هو قرض عليك شهراً ، ثم هو مضاربة : لم يصح . جزم به الفائق . وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : يصح .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَ مَالاً لِيَعْمَلَ فِيهِ هُوَ وَآخَرُ وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا : صَحَّ ذَكَرَهُ الْخِرَقِي . ويكون مُضَارَبَة ﴾

وهذا المذهب . نص عليه .

قال في المغني ، والكافي ، والشرح : هذا أظهر . وجزم به في الوجيز .

وقدمه الزركشي . وقال : هو منصوص الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي الحارث . وقدمه في المغني ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والمستوعب . وصححه الناظم .

وقال القاضي : إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال : لم يصح . واختاره ابن حامد . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . وأطلقهما في الرعاية الكبرى ، والهادي .

وحمل القاضي كلام الإمام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير شرط . ورده المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ عَمَلَ غُلاَمِهِ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والهادي ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يصح ، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يحمل عليها . وهو المذهب .

قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : يصح في أصح الوجهين . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وصححه في التصحيح ، وغيره . وقدمه في المغني ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والكافي . وقال : هو أولى بالجواز .

والوجه الثانى : لايصح . اختاره القاضى .

قال فى التلخيص : الأظهر المنع .

وظاهر كلام الزركشى : أن الخلاف فى الكلام على القول بعدم الصحة من رب المال .

فعلى المذهب — فى المسألتين — قال المصنف : يشترط علم عمله ، وأن يكون دون النصف . والمذهب لا .

فائدة : وكذا حكم المساقاة والمزارعة فى المسألتين .

فوائد

منها : لايضر عمل المالك بلا شرط . نص عليه .

ومنها : لو قال رب المال : اعمل فى المال ، فما كان من ربح فبيننا : صح . نقله أبو داود رحمه الله .

ومنها : ما نقل أبو طالب — فيمن أعطى رجلا مضاربة على أن يخرج إلى الموصل فيوجه إليه بطعام فيبيعه ، ثم يشترى به ، ويوجه إليه إلى الموصل — ؟ قال : لابأس ، إذا كانوا تراضوا على الربح .

وتقدم فى أول الباب . فى شركة العنان ، عند قوله « ليعملا فيه لو اشتركا فى مالين وبدن أحدهما » .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلعَامِلِ شِرَاءُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّ المَالِ . فَإِنْ فَعَلَ : صَحَّ وَعَتَقَ وَضَمِنَ ثَمَنَهُ ﴾

لايجوز للعامل أن يشترى من يعتق على رب المال . فإن فعل فقدم المصنف هنا صحة الشراء . وهو المذهب . اختاره أبو بكر ، والقاضى ، وغيرهما . وجزم به فى الهداية ، والمذهب . ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ،

والهادى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وصححه الناظم وغيره .

قال القاضى : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : صحة الشراء .

ويحتمل أن لايصح الشراء . وهو تخريج فى الكافى . ووجه فى الفروع وغيره . وأطلقهما فى الفروع ، وقال : والأشهر أنه كمن نذر عتقه وشراءه من حلف لايملكه .

يعنى كما لو اشترى المضارب من نذر رب المال عتقه ، أو حلف لايملكه . ذكره فى أواخر الحجر فى أحكام العبد . وقاله فى التلخيص ، وغيره هنا .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح : يحتمل أن لايصح البيع إذا كان الثمن عينا . وإن كان اشتراه فى الذمة وقع الشراء للعاقد.

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : صحة لشراء . قاله القاضى انتهيا .

وقال فى الفائق : ولو اشترى فى الذمة فللعاقد . وإن كان بالعين ، فباطل فى أحد الوجهين .

فعلى المذهب : يضمنه العامل مطلقاً .

أعنى سواء علم أولم يعلم . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويضمن فى الأصح .

قال القاضى وغيره : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى ــ رواية ابن منصور ــ أنه يضمن ، سواء علم أو لم يعلم . وقدمه المصنف هنا ، وفى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والنظم . وجزم به فى الوجيز ، واختاره القاضى فى المجرد . قاله فى التلخيص .

وقال أبو بكر فى التنبيه : إن لم يعلم لم يضمن . وجزم به فى عيون المسائل .

وقال : لأن الأصول قد فرقت بين العلم وعدمه فى باب الضمان كالمعذور ، وكمن رمى إلى صف المشركين . انتهى .

واختاره القاضى فى التعليق الكبير . قاله فى التلخيص . وقال : هذا الصحيح عندى . انتهى .

وقيل : لايضمن . ولو كان عالماً أيضاً . وهو توجيه لأبى بكر فى التنبيه . وأطلقهن فى القواعد .

فعلى القول بأنه يضمن : فالصحيح من المذهب والروايتين : أنه يضمن الثمن ، كما قدمه المصنف هنا . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع . ذكره فى الحجر . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه يضمن قيمته . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح . وهما وجهان مطلقان فى القواعد .

فعلى الرواية الثانية : يسقط عن العامل قسطه منها ، على الصحيح .

قال فى التلخيص : هذا أصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وفيه وجه آخر : لايسقط . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية ، والوجهان ذكرهما أبو بكر .

وتقدم نظير ذلك فيما إذا اشترى عبده المأذون له من يعتق على سيده فى أحكام العبد فى أواخر باب الحجر .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى امْرَأَتَهُ ﴾ يعنى امرأة رب المال ﴿ صَحَّ وَانْفَسَخَ نِكَاحُهُ ﴾ .

وكذا لو كان رب المال امرأة واشترى العامل زوجها . وهذا المذهب . سواء كان الشراء فى الذمة ، أو بالعين . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وذكر فى الوسيلة : أن الخلاف المتقدم فيه أيضاً .

قلت : وماهو ببعيد .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى نَفْسِهِ ، وَلَمْ يَظْهَرْ رِبْحٌ : لَمْ يَعْتِقْ ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم وقيل : يعتق .

قوله ﴿ وَإِنْ ظَهَرَ رِبْحٌ ، فَهَلْ يَعْتِقُ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما مبنيان على ملك المضارب للربح بعد الظهور وعدمه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم ، القاضى فى خلافه وابنه أبو الحسين ، وأبو الفتح الحلوانى ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، وصاحب المستوعب ، والمذهب ، والتلخيص ، والشارح وغيرهم . وقدمها كثير من الأصحاب .

فإن قلنا : يملك بالظهور : عتق عليه . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، وغيرها . واختاره القاضى ، وغيره . وقدمه فى المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، وغيرهم .

قال ابن رجب : وهو أصح .

وإن قلنا : لا يملك ، لم يعتق عليه .

قال فى الكافى : إن قلنا لا يملك إلا بالقسمة : لم يعتق ، وإن قلنا يملكه بالظهور : عتق عليه قدر حصته ، وسرى إلى باقيه إن كان موسراً . وغرم قيمته ، وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك انتهى .

وقال أبو بكر فى التنبيه : لا يعتق عليه ، وإن قلنا : يملك . لعدم استقراره . وصححه ابن رزين فى نهايته .

وأطلق العتق وعدمه ، إذا قلنا : يملك بالظهور فى المغنى ، والشرح والتلخيص والخلاصة ، والفروع ، وغيرهم .

وقال فى التلخيص : ولو ظهر ربح بعد الشراء بارتفاع الأسواق ـ وقلنا : يملك بالظهور ـ عتق نصيبه ، ولم يسر . إذ لا اختيار له فى ارتفاع الأسواق .

فائدة : ليس للمضارب أن يشترى بأكثر من رأس المال .

فلو كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ، ثم اشترى عبداً آخر بعين

الألف . فالشراء فاسد . نص عليه . وتقدم نظيره فى شركة العنان فى كلام المصنف حيث قال « وليس له أن يستدين » .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ أَنْ يُضَارِبَ لآخر ، إِذَا كَانَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الأول ﴾ .

أنه إذا لم يكن فيه ضرر على الأول يجوز أن يضارب لآخر . وهو صحيح . وهو المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المستوعب . والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والزركشى . وهو ظاهر كلام جماهير الأصحاب لتقييدهم المنع بالضرر . وقدمه فى الفروع . وقاله القاضى فى المجرد وغيره .

ونقل الأثرم : متى اشترط النفقة على رب المـال ، فقد صار أجيراً له . فلا يضارب لغيره . قيل : فإن كانت لا تشغله ؟ قال : لايعجبنى . لابد من شغل .

قال فى الفائق : ولو شرط النفقة لم يأخذ لغيره مضاربة ، وإن لم يتضرر . نص عليه . وقدمه فى الشرح . وحمله المصنف على الاستحباب .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ رَدَّ نَصِيبَهُ مِنَ الرِّبْحِ فِى شَرِكَةِ الأَوَّلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به أكثرهم . منهم الخرقى ، وصاحب الهداية ، والمذهب . والمستوعب ، والخلاصة ، والـكافى ، وتذكرة ابن عبدوس ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز ، والزركشى ، وناظم المفردات ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم وهو من مفردات المذهب .

وقال المصنف : النظر يقتضى أن لا يستحق رب المضاربة الأولى من ربح المضاربة الثانية شيئاً .

قال ابن رزين فى شرحه : والقياس أن رب الأولى ليس له شىء من ربح الثانية : لأنه لا عمل له فيها ولا مال . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال في الفائق : وهو المختار . واختاره في الحلوى الصغير .

فائدتان

إحداهما : ليس للمضارب دفع مال المضاربة لآخر مضاربة من غير إذن رب المال . على الصحيح من المذهب . نقله الجماعة . وعليه أكثر الأصحاب .

وخرج القاضي وجها بجوازه . بناء على توكيل الوكيل .

قال في القواعد : وحكى رواية بالجواز .

قال المصنف والشارح وغيرهما : ولا يصح هذا التخريج . انتهى .

ولا أجرة للثاني على ربه . على الصحيح من المذهب .

وعنه بلى .

وقيل على الأول : مع جهله كدفع الغاصب مال الغصب مضاربة ، وأن مع العلم لا شيء له . وربحه لربه .

وذكر جماعة : إن تعذر رده إن كان شراءه بعين المال :

وذكروا وجها : وإن كان في ذمته : كان الربح للمضارب . وهو احتمال في الكافي .

وقال في التلخيص : إن اشترى في ذمته . فعندي : أن نصف الربح لرب المال . والنصف الآخر بين العاملين نصفين .

الثانية : ليس له أن يخلط مال المضاربة بغيره مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وجزم به في المغني . والشرح . وقدمه في الفروع .

وعنه : يجوز بمال نفسه . نقله ابن منصور ومهنا . لأنه مأمور . فيدخل فيما ذن فيه . ذكره القاضي .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِرَبِّ الْمالِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ شَيْئاً لِنَفْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : ولا يشترى المالك من مال المضاربة شيئاً على الأصح .

قال فى الفائق : ليس له ذلك ، على أصح الروايتين وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع .

وعنه : يجوز . صححها الأزجى .

فعليها : يأخذ بشفعة . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمغنى ، والشرح ، والكافى .

وقال فى الرعاية الكبرى . قلت : إن ظهر فيه ربح صح . وإلا فلا .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ شِرَاءُ السَّيِّدِ مِنْ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ لَهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وعنه : يصح . صححها الأزجى ، كمكاتبه .

فعليها : يأخذ بشفعة أيضاً . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى والحاويين ، وغيرهم .

وقال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يصح الشراء من عبده المأذون إذا استغرقته الديون .

وأما شراء العبد من سيده : فتقدم فى آخر الحجر . فى أحكام العبد .

فائدة : ليس المضارب أن يشترى من مال المضاربة إذا ظهر ربح . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يصح . وهو ظاهر ماجزم به فى الكافى ، والشرح ، والتلخيص . ونقله عن القاضى .

وإن لم يظهر ربح صح الشراء . على الصحيح من المذهب ، نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يصح .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَ شَرِيكِهِ : صَحَّ .

وَإِنِ اشْتَرَى الْجَمِيعَ بَطَلَ : فِي نَصِيبِهِ . وَفِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ وَجْهَانِ ﴾

قال الأصحاب : منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والتلخيص . والشرح ، والقواعد ، وغيرهم ـ بناء على تفريق الصفقة . وقد علمت أن الصحيح من المذهب : الصحة هناك . فكذا هنا . وصححه فى التصحيح .

﴿ وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ فِي الْجَمِيعِ ﴾ .

بناء على شراء رب المال من مال المضاربة . وهذا التخريج لأبى الخطاب .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ نَفَقَةٌ إِلاَّ بِشَرْطٍ ﴾ .

هذا المذهب نص عليه . وعليه الأصحاب .

إلا أن الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله قال : ليس له نفقة . إلا بشرط أو إعادة فيعمل بها .

وكأنه أقام العادة مقام الشرط . وهو قوى فى النظر .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَهَا لَهُ وَأَطْلَقَ : فَلَهُ جَمِيعُ نَفَقَتِهِ مِنَ الْمَأْكُولِ وَالْمَلْبُوسِ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ـ منهم القاضى ـ وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه ليس له نفقة إلا من المأكول خاصة . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

وقال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع وغيرهم : ظاهر كلام الإمام أحمد

رحمه الله إذا كان سفره طويلاً يحتاج إلى تجديد : كسوة جوازها . وجزم به فى الكافى .

ونقل حنبل : ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه ، غير متعد ولا مضر بالمال .

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل : كطعام الكفارة . وأقل ملبوس مثله .

وقيل : هذا التقدير مع التنازع .

فائدة : لو لقيه ببلد أذن فى سفره إليه . وقد نضّ المال . فأخذه ربه : فللعامل نفقة رجوعه فى وجه .

وفى وجه آخر : لانفقة له . قدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الرعاية . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . فإنه قال : فله نفقة رجوعه فى وجه ، واقتصر عليه .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَلَفَا رَجَعَ فِى الْقُوتِ : إِلَى الإِطْعَامِ فِى الْكَفَّارَةِ وَفِى الْمَلْبُوسِ : إِلَى أَقَلِّ مَلْبُوسِ مِثْلِهُ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمغنى . واقتصر عليه فى الشرح . وقدمه فى النظم .

قال ابن منجا فى شرحه : وفيه نظر .

قال الزركشى : هذا تحكم .

وقيل : له نفقه مثله عرفاً من الطعام والكسوة . وهو الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم .

فائدة : لو كان معه مال لنفسه يبيع فيه و يشترى . أو مضاربة أخرى ، أو بضاعة لآخر : فالنفقة على قدر المالين . إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله . مع علمه بذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِى التَّسَرِّى فَاشْتَرَى : جَارِيَةً مَلَكَهَا وَصَارَ ثَمَنُهَا قَرْضًا . نص عَلَيْهِ ﴾ .

فى رواية يعقوب بن بختان . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وقال فى الفصول : فإن شرط المضارب أن يتسرى من مال المضاربة . فقال فى رواية الأثرم ، وإبراهيم بن الحارث : يجوز أن يشترى المضارب جارية من المال إذا أذن له .

وقال فى رواية يعقوب بن بختان : يجوز ذلك . ويكون دينا عليه .

فأجاز له ذلك . بشرط أن يكون المال فى ذمته .

قال أبو بكر : اختيارى : مانقله يعقوب .

فكأنه جعل المسألة على روايتين ، واختار هذه .

قال شيخنا : وعندى أن المسألة رواية واحدة ، وأنه لا يجوز التسرى من مال المضاربة ، إلا أن يجعل المال فى ذمته . وعلى هذا يحمل قوله فى رواية الأثرم . لأنه لو كان له ذلك لاستباح البضع بغير ملك يمين ولا عقد نكاح . انتهى كلامه فى الفصول .

قال فى الفروع : وله التسرى بإذنه ، فى رواية فى الفصول . والمذهب : أنه يملكها ويصير ثمنها قرضا . ونقل يعقوب : اعتبار تسمية ثمنها .

قال فى القاعدة الثانية والسبعين ، قال الأصحاب : إذا اشترط المضارب التسرى من مال المضاربة ، فاشترى أمة منه ملكها ، ويكون ثمنها قرضاً عليه . لأن الوطء لا يباح بدون الملك .

وأشار أبو بكر إلى رواية أخرى : يملك المضارب الأمة بغير عوض انتهى .

فائدتان

إحداهما : ليس له أن يتسرى بغير إذن رب المال . فلو خالف ووطىء عزر ،

على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية منصور : وقدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : يحد إن كان قبل ظهور ربح . ذكره ابن رزين . واختاره القاضي .

قلت : وهو الصواب بشرطه . وأطلقهما فى القواعد .

وذكر غير ابن رزين : إن ظهر ربح عزر . ويلزمه المهر وقيمتها إن أولدها ، وإلا حُدَّ عالم . ونصه : يعزر . كما تقدم وقال فى الرعاية ـ بعد أن قدم الأول ـ وقيل : إن لم يظهر ربح حُدَّ ، وملك رب المال ولده . ولم تصر أم ولد له ، وإن ظهر ربح : فولده حر ، وهى أم ولده ، وعليه قيمتها ، وسقط من المهر والقيمة قدر حق العامل ولم يحد . نص عليه .

الثانية : لا يطأ رب المال ، ولو عدم الربح رأساً . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . ولو فعل فلا حد عليه ، لكن إن كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُضَارِبِ رِبْحٌ حَتَّى يَسْتَوْفِىَ رَأْسَ الْمَالِ ﴾ .

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى سِلْعَتَيْنِ ، فَرَبِحَ فِى إِحْدَاهُمَا ، وَخَسِرَ فى الأُخْرَى ـ بسبب مرض ، أو عيب حَدَثَ أو نزول سعر ، أو فقد صفة ونحوه ، أَوْ تَلِفَتْ ، أو بعضها ـ جُبِرَتْ الوَضِيعَةُ مِنَ الرِّبْحِ ﴾ .

وكذا قال كثير من الأصحاب .

قال فى الفروع : إذا حصل ذلك بعد التصرف . ونقل حنبل وقبله : جبرت الوضيعة من ربح باقيه . قبل قسمتها ناضا ، أو تنضيضه مع محاسبته . نص عليهما .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : جبر من الربح قبل قسمته .

وقيل : وبعدها ، مع بقاء عقد المضاربة .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ رَأْسِ المَالِ قَبْلَ التَّصَرُّفِ فِيهِ : انْفَسَخَتْ فِيهِ المضَارَبَةُ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه ، وكان رأس المال الباقي خاصة .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ المَالُ ، ثُمَّ اشْتَرَى سِلْعَةً لِلْمُضَارَبَةِ : فَهِيَ لَهُ . وَثَمَنُهَا عَلَيْهِ ، إلاَّ أَنْ يُجِيزَهُ رَبُّ المَالِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . والصحيح من المذهب .

قال في الفروع ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن منجا وغيرهم : هو كفضولي .

وتقدم « أن الصحيح من المذهب ـ فيما إذا اشترى في ذمته لآخر ـ صحة العقد ، وأنه إن أجازه ملكه » في كتاب البيع فكذا هنا .

وعنه : يكون للعامل لزوماً . صححه في النظم .

قال في الرعاية الكبرى : وهو أظهر . وقدمه في المذهب ، والخلاصة . وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ، والشرح .

فعلى الأول : يكون ذلك مضاربة ، على الصحيح . صححه الناظم . وقال : وعنه : أن يجيزه مالك صار ملكه مضاربة لا غيرها في المجرد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْدَ الشِّرَاءِ : فَالمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ، وَالثَّمَنُ عَلَى رَبِّ المَالِ ﴾ .

إذا تلفت بعد التصرف ، ويصير رأس المال الثمن دون التالف . جزم به في المغني ، والشرح ، وغيرهما .

وقدم في الرعاية الكبرى : أن رأس المال هذا الثمن والتالف أيضاً . وكذا إن كان التلف في هذه المسألة قبل التصرف .

قاله في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . وحكاه في الكبرى قولا .

فعليه تبقى المضاربة في قدر الثمن بلا نزاع .

وقال فى الفروع : ولو اشترى سلعة فى الذمة ، ثم تلف المال قبل نقد ثمنها ، أو تلف هو والسلعة : فالثمن على رب المال ، ولرب السلعة : مطالبة كل منهما بالثمن . ويرجع به على العامل .

وإن أتلفه : ثم نقد الثمن من مال نفسه بلا إذن لم يرجع رب المال عليه بشىء . وهو على المضاربة . لأنه لم يتعد فيه . ذكره الأزجى واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وإذَا ظَهَرَ رِبْحٌ لَمْ يكُنْ لَه أَخْذ شَىْءٍ مِنْهُ إلاَّ بِإذْنِ ربِّ المَالِ ﴾ .

بلا نزاع .

قوله ﴿ وَهَلْ يَمْلِكُ العَامِلُ حِصَّتَهُ مِنَ الرِّبْحِ قبل القسمة ؟ على روايتين ﴾ .

وفى بعض النسخ مكان « قبل القسمة » : بالظهور .

إحداهما : يملكه بالظهور ، وهو المذهب .

قال أبو الخطاب : يملكه بالظهور رواية واحدة .

قال فى الفروع ، والمذهب : يملك حصته منه بظهوره . كالملك وكمساقاة فى الأصح .

قال فى القواعد الفقهية : وهذا المذهب المشهور .

قال فى المغنى : هذا ظاهر المذهب .

قال فى الكافى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، وغيره .

والرواية الثانية : لا يملكه إلا بالقسمة . اختاره القاضى فى خلافه ، وغيره . لأنه لو اشترى بالمال عبدين كل واحد يساويه ، فأعتقهما رب المال : عتقا ، ولم يضمن للعامل شيئاً . ذكره الأزجى .

وعنه رواية ثالثة : يملكها بالمحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة ، والقبض . ونص عليها . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

فائدتان

إحداهما : يستقر الملك فيها بالمقاسمة عند القاضى وأصحابه . ولا يستقر بدونها

ومن الأصحاب من قال : يستقر بالمحاسبة التامة ، كابن أبي موسى وغيره . وبذلك جزم أبو بكر .

قال فى القواعد : وهو المنصوص صريحاً عن الإمام أحمد رحمه الله .

الثانية : إتلاف المالك كالقسمة . فيغرم نصيبه . وكذلك الأجنبى .

تنبيه : لهذا الخلاف فوائد كثيرة . ذكرها الشيخ زين الدين رحمه الله[1] فى فوائد قواعده ، وغيرها . نذكرها هنا ملخصة .

منها : انعقاد الحول على حصة المضارب بالظهور قبل القسمة . وتقدم ذلك فى كلام المصنف فى أول كتاب الزكاة .

ومنها : لو اشترى المضارب من يعتق عليه بالملك بعد ظهور الربح . وتقدم ذلك قريباً .

ومنها : لو وطىء المضارب أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح . وتقدم ذلك قريباً .

ومنها : لو اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة . وتقدم كل ذلك فى هذا الباب .

ومنها : لو اشترى المضارب شقصاً للمضاربة وله فيه شركة . فهل له الأخذ بالشفعة ؟ فيه طريقان .

أحدهما : ما قاله المصنف فى المغنى ، والشارح : إن لم يكن فى المال ربح ،

---

(١) هو الشيخ زين الدين بن رجب .

أو كان ـ وقلنا : لا يملكه بالظهور ـ فله الأخذ . لأن الملك لغيره . فكذا الأخذ منه ، وإن كان فيه ربح ـ وقلنا : يملكه بالظهور ـ ففيه وجهان ، بناء على شراء المضارب من مال المضاربة بعد ملكه من الربح .

والطريق الثاني : ما قاله أبو الخطاب ، ومن تابعه . وفيه وجهان .

أحدهما : لا يملك الأخذ . واختاره فى رءوس المسائل .

والثانى : له الأخذ . وخرجه من وجوب الزكاة عليه فى حصته . فإنه يصير حينئذ شريكا يتصرف لنفسه وشريكه . ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ، وعلى هذا : فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ، ولا بد .

ومنها : لو أسقط المضارب حقه من الربح بعد ظهوره . فإن قلنا : يملكه بالظهور : لم يسقط . وإن قلنا : لايملكه بدون القسمة ، فوجهان .

ومنها : لو قارض المريض ، وسمى للعامل فوق تسمية المثل .

فقال القاضى والأصحاب : يجوز . ولا يعتبر من الثلث . لأن ذلك لايؤخذ من ماله ، وإنما يستحقه بعمله من الربح الحادث . ويحدث على ملك المضارب ، دون المالك .

قال فى القواعد : وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور . وإن قلنا : لايملكه بدون القسمة : احتمل أن يحتسب من الثلث . لأنه خارج حينئذ عن ملكه . واحتمل أن لايحتسب منه . وهو ظاهر كلامهم . ويأتى هذا فى كلام المصنف قريباً .

فائدة : من جملة الربح : المهر والثمرة والأجرة ، والأرش . وكذا النتاج ، على الصحيح . وقال فى الفروع : ويتوجه فيه وجه .

قوله ﴿ وَإِنْ طَلَبَ العَامِلُ البَيْعَ ، فَأَبَى رَبُّ المَالِ : أُجْبِرَ إِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ ، بِلَا خِلَافٍ أعلمه . وَإِلَّا فَلَا ﴾

يعنى : وإن لم يكن فيه ربح لم يجبر . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وقيل : يجبر .

قال فى الفروع : فعلى تقدير الخسارة يتجه منعه من ذلك . ذكره الأزجى .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِذَا انْفَسَخَ القِرَاضُ وَالْمَالُ عَرَضٌ فَرَضِيَ رَبُّ الْمَالِ أَنْ يَأْخُذَ بِمَالِهِ عَرَضًا ، أَوْ طَلَبَ الْبَيْعَ فَلَهُ ذَلِكَ ﴾

إذا انفسخ القراض مطلقاً ، والمال عرض ، فللمالك أن يأخذ بماله عرضاً . بأن يقوم عليه . نص عليه . وإذا ارتفع السعر بعد ذلك لم يكن للمضارب أن يطالب بقسطه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : له ذلك .

قال ابن عقيل : وإن قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح ، بأن كان العامل اشترى خزاً فى الصيف ليربح فى الشتاء ، أو يرجو دخول موسم أو قفل : فإن حقه يبقى من الربح .

قلت : هذا هو الصواب ، ولا أظن أن الأصحاب يخالفون ذلك .

قال الأزجى : أصل المذهب : أن الحيل لا أثر لها . انتهى .

وإذا لم يرض رب المال أن يأخذ عرضا ، وطلب البيع ، أو طلبه ابتداء : فله ذلك . ويلزم المضارب بيعه مطلقاً ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وغيره . وصححه فى التلخيص . وجزم به فى النظم ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب . والخلاصة .

وقيل : لا يجبر إذا لم يكن فى المال ربح ، أو كان فيه ربح وأسقط العامل حقه منه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب . قال المصنف ، والشارح : إنما يلزمه البيع فى مقدار رأس المال . وجزم به فى الوجيز . والصحيح من المذهب : يلزمه فى الجميع .

قلت : وهو الصواب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وأكثر الأصحاب . وقدمه فى الفروع كما تقدم .

وعلى الوجه الثانى : فى استقراره بالفسخ وجهان . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق .

قلت : الأولى الاستقرار .

فائدتان

إحداهما : لو فسخ المالك المضاربة ، والمال عرض : انفسخت . وللمضارب بيعه بعد الفسخ ، على الصحيح من المذهب . لتعلق حقه بربحه . ذكره القاضى فى خلافه . وهو ظاهر كلام الإمام فى رواية ابن منصور . وقدمه فى القاعدة الستين .

وذكر القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، فى باب الشركة : أن المضارب لاينعزل مادام عرضاً . بل يملك التصرف حتى ينضّ رأس المال[1] . وليس للمالك عزله ، وأن هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حنبل .

وذكر فى المضاربة : أن المضارب ينعزل بالنسبة إلى الشراء ، دون البيع .

وحمل صاحب المغنى مطلق كلامهما فى الشركة على هذا التقييد .

ولكن صرح ابن عقيل ، فى موضع آخر : أن العامل لايملك الفسخ حتى ينض رأس المال ، مراعاة لحق مالكه .

وقال فى باب الجعالة : المضاربة كالجعالة . لايملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل . وأطلق ذلك .

وقال فى مفرداته : إنما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ، ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ .

قال : وهو الأليق بمذهبنا . وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين فى الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه .

(١) أى صار حينا ونقداً بعد ان كان عروض تجارة .

قال فى القواعد : وهو حسن ، جار على قواعد المذهب فى اعتبار المقاصد وسد الذرائع .

الثانية : لو كان رأس المال دراهم ، فصار دنانير : أو عكسه : فهو كالعرض . قاله الأصحاب .

وقال الأزجى : إن قلنا هما شىء واحد ـ وهو قيمة الأشيـاء ـ لم يلزم ، ولا فرق . لقيام كل واحد منهما مقام الآخر . قال : فعلى هذا يدور الكلام .

وقال أيضاً : ولو كان صحاحاً فَنَضّ قُراضةً ، أو مكسرة : لزم العامل رده إلى الصحاح . فليبعها بصحاح ، أو بعرض ثم يشترى بها .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ دَيْناً لَزِمَ العَامِلَ تَقَاضِيهِ ﴾ يعنى كله

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به المصنف ، والشارح ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يلزمه تقاضيه فى قدر رأس المال لاغير .

فائدة : لايلزم الوكيل تقاضى الدين ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وذكر أبو الفرج : يلزمه رده على حاله إن فسخ الوكالة بلا إذنه . وكذا حكم الشريك .

قوله ﴿ وَإِنْ قَارَضَ فِى المرَضِ ، فَالرِّبْحُ مِنْ رَأْسِ المَالِ . وَإِنْ زادَ عَلَى أُجْرَةِ المِثْلِ ﴾

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم ذلك مستوفى فى الفوائد قريباً . فليعاود . و يقدم به على سائر الغرماء .

فائدة : لو ساقى ، أو زارع فى مرض موته : يحتسب من الثلث على الصحيح

من المذهب . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والبلغة .

قال فى القواعد الفقهية : أشهر الوجهين : أن يعتبر من الثلث .

وقيل : هو كالمضاربة . جزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْمُضَارِبُ ، وَلَمْ يُعْرَفْ مالُ الْمُضَارَبَةِ ﴾ يعنى لكونه لم يعينه المضارب ﴿ فَهُوَ دَيْنٌ فِى تَرِكَتِهِ ﴾ .

لصاحبها أسوة الغرماء . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وسواء مات فجأة أو لا . ونص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره ، عملاً بالأصل . ولأنه لما أخفاه ولم يعينه : فكأنه غاصب . فيتعلق بذمته .

وعنه : لا يكون ديناً فى تركته . إلا إذا مات غير فجأة .

وقيل : يكون كالوديعة ، على ما يأتى فى المسألة التى بعدها .

فائدتان

إحداهما : لو أراد رب المال تقرير وارث المضارب : جاز . ويكون مضاربة مبتدأة . يشترط لها ما يشترط للمضاربة .

الثانية : لو مات أحد المتقارضين ، أو جن ، أو وسوس ، أو حجر عليه لسفه : انفسخ القِراض . ويقوم وارث رب المال مقامه . فيقرر ماللمضارب . ويقدم على غريم . ولا يشترى من مال المضاربة . وهو فى بيع واقتضاء دين كفسخها والمالك حى . على ماتقدم .

قال فى التلخيص : إذا أراد الوارث تقريره ، فهى مضاربة مبتدأة . على الأصح . وقيل : هى استدامة . انتهى .

فإن كان المال عرضاً ، وأراد إتمامه : فهى مضاربة مبتدأة . على الصحيح . اختاره القاضى .

قال المصنف : وهذا الوجه أقيس . وقدمه فى الفروع .

وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله جوازه .

قال المصنف : كلام الإمام أحمد رحمه الله محمول على أنه يبيع و يشترى بإذن الورثة . كبيعه وشرائه بعد انفساخ القراض .

قوله ﴿ وَكَذَا الْوَدِيعَةُ ﴾ .

يعنى : أنهما تكون ديناً فى تركته إذا مات ولم يعينها . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والمحرر ، وغيرهم .

قال فى الفروع : هى فى تركته فى الأصح .

وقيل : لا تكون ديناً فى تركته ، ولا يلزمه شىء .

وقال فى الترغيب : هى فى تركته . إلا أن يموت فجأة .

زاد فى التلخيص : أو يوصى إلى عدل . ويذكر جنسها . كقوله « قميص » فلم يوجد .

فوائد

إحداها : لو مات وصى وجهل بقاء مال موليه .

قال فى الفروع : فيتوجه أنه كمال المضاربة والوديعة .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هو فى تركته .

الثانية : لو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة ، أو ثوباً يخيطه ، أو غزلاً ينسجه بجزء من ربحه ، أو بجزء منه : جاز . نص عليه . وهو المذهب . جزم به ناظم المفردات . وهو منها .

وجزم به فى الأولين فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال فى القاعدة العشرين : يجوز فيهما على الأصح . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق فيهما .

قال فى الفائق : خرج القاضى بطلانه .

وصحح الصحة فى تصحيح المحرر فيما أطلق الخلاف فيه . وقدمه فى الفروع فى الجميع ، والنظم .

وعنه لا يجوز . وهو قول فى الرعاية . اختاره ابن عقيل . فله أجرة مثله .

قال فى الفروع ، وغيره : ومثله حصاد زرعه ، وطحن قمحه ، ورضاع رقيقه .

قال فى الرعاية : صح فى الأصح . وصححه فى النظم فى الإجارة .

قال فى الصغرى : وفى استئجاره لنسج غزله ثوبا ، أو حصاد زرعه ، أو طحن قفيزه بالثلث ونحوه : روايتان .

وقال فى الحاوى الصغير : وإن استأجر من يجدُّ نخله ، أو يحصد زرعه بجزء مشاع منه : جاز . نص عليه فى رواية مهنا .

وعنه : لا يجوز . وللعامل أجرة مثله .

وأطلق فى نسج الغزل ، وطحن القفيز بالثلث ونحوه الروايتين .

وأطلق فى الفائق فى نسج الغزل ، وحصاد الزرع ، وإرضاع الرقيق بجزء : الروايتين .

وأطلق الروايتين فى غير الأوليين فى المحرر . ذكره فى الإجارة . وكذا غزوه بدابة بجزء من السهم ونحوه .

ونقل ابن هانىء ، وأبو داود : يجوز .

وحمله القاضى على مدة معلومة ، كأرض ببعض الخراج .

وهى مسألة قفيز الطحان . وبعضهم يذكرها فى الإجارة .

وقال فى الرعاية : وإن دفع إليه غزلا لينسجه ، أو خشباً لينجره : صح . إن صحت المضاربة بالعروض .

وفى عيون المسائل : مسألة الدابة ، وأنه يصح على رواية المضاربة بالعروض ، وأنه ليس شركة . نص عليه فى رواية ابن أبى حرب ، وأن مثله الفرس بجزء من الغنيمة .

ونقل مهنا فى الحصاد : هو أحب إلىَّ من المقاطعة .

قال المصنف : وعلى قياس المذهب : دفع الشبكة للصياد .

قال فى الفائق : قلت : والنحل ، والدجاج ، والحمام ، ونحو ذلك .

وقيل : الكل للصياد . وعليه أجرة المثل للشبكة .

وعنه : وله معه جعل نقد معلوم كامل .

وعنه : له دفع دابته أو نحله لمن يقوم به بجزء من نمائه . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

والمذهب : لا ، لحصول نمائه بغير عمله ، ويجوز بجزء منه مدة معلومة ، ونماؤه ملك لهما .

وقال فى الرعاية الكبرى ـ فى الإجارة ـ وفى الطحن بالنخالة ، وعمل السمسم شيرجاً بالكُسْب ، والسلخ بالجلد ، والحلج بالحب : وجهان .

وكذا قال فى الصغرى فى الطحن ، وعمل السمسم ، والحلج .

وحكى فى الطحن بالنخالة روايتين .

وكذا قال فى الحاوى الصغير . وصححه فى النظم فى الإجارة .

الثالثة : لو أخذ ماشية ليقوم عليها ـ برعى وعلف وسقى وحلب وغير ذلك ـ بجزء من دَرِّها ونسلها وصوفها : لم يصح . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال فى الفروع : هذا المذهب . وصححه فى تصحيح المحرر . وجزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وعيون المسائل ، وغيرهم . ذكروه فى باب الإجارة . وله أجرته .

وعنه : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وقدمه فى الفائق ، والرعاية الكبرى . وقال : نص عليه . ذكره فى آخر المضاربة .

وقال فى باب الإجارة : لايصح استئجار راعى غنم معلومة يرعاها بثلث دَرِّها ونسلها ، وصوفها ، وشعرها . نص عليه . وله أجرة مثله .

وقيل : فى صحة استئجار راعى الغنم ببعض نمائها روايتان . انتهى .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقال الناظم :

والأوكد منع إعطاء ماشية لمن ... يعود بثلث الدر والنسل أسند

وإن يرعها حولا كميلا بثلثها ... له الثلث بالنامى يصح بأوطد

وكذا قال فى الفروع وغيره[1] .

قوله ﴿ وَالعَامِلُ أَمِينٌ . وَالقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ هَلَاكٍ ﴾

حكم العامل فى دعوى التلف : حكم الوكيل ، على ماتقدم فى باب الوكالة .

قوله ﴿ وَالقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ المَالِ فِى رَدِّهِ إِلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وعليه أكثر الأصحاب . منهم ابن حامد ، وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقيل : القول قول العامل . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : وجدت ذلك منصوصاً عن الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور أيضاً ــ فى رجل دفع إلى آخر مضاربة ، فجاء بألف . فقال : هذا ربح ، وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك ــ فقال : هو مصدق فيما قال .

قال : ووجدت فى مسائل أبى داود عن الإمام أحمد رحمه الله نحو هذا أيضاً .

---

(١) عن أبى هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يرعى الغنم لأهل مكة على قراريط مما يخرج منها » رواه أحمد والبخارى وابن ماجه .

وكذلك نقل عنه مهنا ـ فى مضارب دفع إلى رب المـال كل يوم شيئاً ، ثم قال : من رأس المال ـ إن القول قوله مع يمينه .

قوله ﴿ وَالْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ لِلْعَامِلِ ﴾ .

يعنى : أن القول قول رب المال فيما شرط للعامل . وهو المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور ، وسندى . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص .

وعنه : القول قول العامل ، إذا ادعى أجرة المثل . وإن جاوز أجرة المثل : رجع إليها . نقلها حنبل .

وقال ابن عقيل : إلا فيما لايتغابن الناس بها عرفا . وجزم بهذه الزيادة فى الرواية فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والهـداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص . وأطلقهما فى الـكافى .

فائدة : لو أقام كل واحـد منهما بينة بما قاله : قدمت بينة العـامل . على الصحيح من المذهب . لأنه خارج . وقطع به كثير من الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

وقيل : تقدم بينة رب المال .

ونقل مهنا ـ فيمن قال : دفعته مضاربة . قال : بل قرضاً ، ولهما بينتان ـ قال : الربح بينهما نصفان ـ وهو معنى كلام الأزجى .

قال الأزجى : وعن الإمام أحمد رحمه الله فى مثل هـذا : فيمن ادعى مافى كيس ، وادعى آخر نصفه : روايتان .

إحداهما : أنه بينهما نصفان .

والثانية : لأحدهما ربعه ، وللآخر ثلاثة أرباعه .

قوله ﴿ وَفِي الإذْنِ فِي البَيْعِ نَسَاءً أَوِ الشِّرَاءِ بِكَذَا ﴾ .

يعنى : أن القول قول المالك فى عدم الإذن فى البيع نساء ، أو الشراء بكذا وكون القول قول المالك فى الإذن فى البيع نساء . وهو وجه ذكره بعضهم .

قال ابن أبى موسى : يتوجه أن القول قول المالك . وحكاه فى الشرح ، وغيره قولا .

والصحيح من المذهب : أن القول قول العامل فى ذلك . نص عليه . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى .

قال ابن منجا فى شرحه : قاله الأصحاب . وصححه الناظم . وقدمه فى التلخيص، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والفائق، والحاوى الصغير ، والمستوعب

قال ابن منجا فى شرحه : ولم أجد بما قاله المصنف هنا رواية ، ولا وجهاً عن أحد من المتقدمين ، غير أن صاحب المستوعب حكى بعد قوله « القَوْلُ قَوْلُ العَامِلِ » أن ابن أبى موسى قال : ويتوجه أن القول قول رب المال .

وربما حكى بعض المتأخرين فى ذلك وجهاً . وأظنه أخذه من كلام المصنف هنا . أو ظن قول ابن أبى موسى يقتضى ذلك .

وفى الجملة : لقول رب المال وجه من الدليل لو وافق رواية أو وجهاً ، وذكره . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ العَامِلُ : رَبِحْتُ أَلْفًا ، ثُمَّ خَسِرْتُهَا ، أَوْ هَلَكَتْ : قُبِلَ قَوْلُهُ ﴾ بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ قَالَ غَلِطْتُ : لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ﴾ .

وكذا لو قال « نسيت » أو « كذبت » وهو المذهب . جزم به أكثر الأصحاب . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والكافى ، والتلخيص ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال فى الرعايتين : لم يقبل على الأصح . وعنه : يقبل قوله .

نقل أبو داود ومهنا : إذا أقر بربح ، ثم قال « إنما كنت أعطيتك من رأس مالك » يصدق .

قال أبو بكر : وعليه العمل . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها . وخرج : يقبل قوله ببينة .

فائدة : يقبل قول العامل فى أنه ربح أم لا ؟ وكذا يقبل قوله فى قدر الربح على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونقله ابن منصور .

ونقل الحلوانى فيه روايات ـ كعوض كتابة ـ القبول ، وعدمه . والثالثة : يتحالفان .

وجزم أبو محمد الجوزى : يقبل قول رب المال .

قلت : وهو بعيد .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : شَرِكَةُ الوُجُوهِ ﴾ أى الشركة بالوجوه ﴿ وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بِجَاهِهِمَا دَيْنًا ﴾ .

أى شيئاً إلى أجل . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وسواء عيَّنا جنس الذى يشترونه أو قدره أو وقته ، أو لا .

فلو قال كل واحد منهما للآخر : ما اشتريتَ من شىء فهو بيننا : صح .

وقال الخرقى : هى أن يشترك اثنان بمال غيرهما .

فقال القاضى : مراد الخرقى : أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة . فيكون المضاربان شريكين فى الربح بمال غيرهم . لأنهما إذا أخذا المال بجاههما لم يكونا مشتركين بمال غيرهما .

قال المصنف ، والشارح : وهذا محتمل .

وحمل غير القاضى كلام الخرقى على الأول . منهم المصنف ، والشارح .

وقالا : واخترنا هذا التفسير : لأن كلام الخرقى بهذا التفسير يكون جامعاً

لأنواع الشركة الصحيحة . وعلى تفسير القاضى يكون مخلا بنوع منها . وهى شركة الوجوه .

قال الزركشى : والذى قاله القاضى هو ظاهر اللفظ . وهو كما قال .

وعلى هذا : يكون هذا نوع من أنواع المضاربة . ويكون قد ذكر للمضاربة ثلاث صور .

قوله ﴿ والمِلْكُ بَيْنَهُمَا عَلَى ماشَرَطَاهُ ﴾ .

فهما كشريكى العنان ، لكن هل مايشتريه أحدهما يكون بينهما ، أو لا يكون بينهما إلا بالنية ؟ فيه وجهاً . وأطلقهما فى الفروع .

وقال : ويتوجه فى شركة عنان مثله . وجزم جماعة بالنية . انتهى .

وقال فى الرعاية الكبرى : وهما فى كل التصرف ، ومالهما وما عليهما : كشريكى العنان .

وقال فى شريكى العنان : وكل واحد منهما أمين الآخر ووكيله .

وإن قال لما بيده : هذا لى ، أو لنا ، أو اشتريته منها لى ، أو لنا : صدق مع يمينه ، سواء ربح أو خسر . انتهى .

فدل كلامه على أنه لابد من النيه .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهما فى كل التصرف كشريكى عنان . وكذا قال المصنف هنا ، وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ وَالرِّبْحُ عَلَى ماشَرَطَاهُ ﴾

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى قدر مِلْكَيْهِمَا ﴾

واختاره القاضى ، وابن عقيل . لئلا يأخذ ربح ما لم يضمن .

تنبيه : قوله ﴿ الرابع : شَرِكَةُ الأبْدَانِ . وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبان بِأَبْدَانِهما ﴾ .

قال فى الفروع : وهى أن يشتركا فيما يتقبلان فى ذمتهما من عمل . وكذا قال فى المحرر وغيره .

قوله ﴿ وَمَا يَتَقَبَّلُهُ أَحُدُهمَا مِنَ العَمَلِ يَصِيرُ فى ضَمَانِهِمَا . يُطَالَبَانِ بِهِ . وَيَلْزَمُهُمَا عَمَلُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وذكر المصنف وغيره عن القاضى احتمالا : لايلزم أحدهما مايلزم صاحبه .

قوله ﴿ وَهَلْ يَصِحُّ مَعَ اخْتِلَافِ الصَّنَائِعِ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، والمذهب الأحمد .

أحدهما : يصح وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى .

قال فى الفروع : ويصح مع اختلاف الصناعة ، فى الأصح .

قال الناظم : هذا أجود .

وصححه فى تصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، والنهاية ، والإيضاح . وقدمه فى الكافى . وهو ظاهر كلام الخرقى .

والوجه الثانى : لايصح . قال فى الهداية : وهو الأقوى عندى .

قوله ﴿ وَيَصِحُّ فِى الاحْتِشَاشِ وَالاصْطِيَادِ ، وَالتلصُّصِ عَلَى دَارِ الْحَرْبِ وَسَائِرِ المبَاحَاتِ ﴾ .

وهذا المذهب . قال فى الفروع : ويصح فى تملك المباحات فى الأصح

كالاستئجار عليه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز .

وقيل : لا يصح .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿وَإِنْ مَرِضَ أَحَدُهُمَا فَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا﴾ .

أنه لو ترك العمل لغير عذر لا يكون الكسب بينهما . وهو أحد الوجهين . وهو احتمال المصنف .

والوجه الثانى : يكون الكسب بينهما أيضاً . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والأصح : ولو تركه بلا عذر : فالكسب بينهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفائق .

قوله ﴿وَإِن اشْتَرَكَا لِيَحْمِلاَ عَلَى دَابَّتَيْهِمَا وَالأُجْرَةُ بَيْنَهُمَا : صَحَّ . فَإِنْ تَقَبَّلاَ حَمْلَ شَيءٍ ، فَحَمَلاَهُ عَلَيْهِمَا : صَحَّتِ الشَّرِكَةُ . وَالأُجْرَةُ عَلَى مَا شَرَطَاهُ﴾

على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم من الأصحاب .

وقيل : بل الأجرة بينهما نصفان ، كما لو أطلقا . ذكره فى الرعاية الكبرى .

فوائد

الأولى : تصح شركة الشهود . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله . واقتصر عليه فى الفروع .

قال الشيخ تقى الدين : وللشاهد أن يقيم مقامه ، إن كان على عمل فى الذمة . وإن كان الجعل على شهادته بعينه : ففيه وجهان .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : والأصح جوازه .

قال : وللحاكم إكراههم . لأن للحاكم نظراً فى العدالة وغيرها .

وقال أيضاً : إن اشتركوا على أن كل ماحَصَّله كل واحد منهم بينهم ، بحيث إذا كتب أحدهم ، وشهد : شاركه الآخر وإن لم يعمل . فهى شركة الأبدان . تجوز حيث تجوز الوكالة .

وأما حيث لا تجوز : ففيها وجهان . كشركة الدلالين .

الثانية : لا تصح شركة الدلالين . قاله فى الترغيب وغيره .

قال فى التلخيص : لا تصح شركة الدلالين فيما يحصل له . ذكره القاضى فى المجرد . واقتصر عليه . وقدمه فى الفروع ، والفائق والرعاية ، والحاوى الصغير . لأنه لا بد فيهـا من وكالة . وهى على هذا الوجه لا تصح . كأجِّرْ دابتَك ، والأجرة بينهما . لأن الشركة الشرعية : لا تخرج عن الضمان والوكالة ، ولا وكالة هنا . فإنه لا يمكن توكيل أحدهما على بيع مال الغير . ولا ضمان . فإنه لادين يصير بذلك فى ذمة واحد منهما ، ولا تَقَبُّل عمل .

وقال فى الموجز : تصح .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وقد نص الإمام أحمد رحمه الله على جوازها . فقال فى رواية أبى داود ـ وقد سئل عن الرجل يأخذ الثوب ليبيعه ، فيدفعه إلى آخر ليبيعه و يناصفه ما يأخذ من الـكراء ؟ ـ قال : الـكراء للذى باعه ، إلا أن يكونا يشتركان فيما أصابا . انتهى .

وذكر المصنف : أن قياس المذهب جوازها .

وقال فى المحرر ، والنظم : يجوز إن قيل « للوكيل التوكيل » وهو معنى كلامه فى المجرد . قاله فى الفروع .

وقال فى الرعاية الـكبرى ـ بعد أن حكى القول الثانى ـ قلت : هذا إذا أذن زيد لعمرو فى النداء على شىء ، أو وكله فى بيعه ، ولم يقل « لا يفعله إلا أنت » ففعله بكر بإذن عمرو . فإن صح : فالأجرة لهما على ماشرطاه . وإن لم تصح : فلبكر أجرة مثله على عمرو .

وإن اشتركا ابتداء فى النداء على شىء معين ، أو على مايأخذانه ، أو على مايأخذه أحدهما من متاع الناس ، أو فى بيعه : صح . والأجرة لهما على ماشرطاه . وإلا استويا فيها ، وبالجعل جعالة . انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تسليم الأموال إليهم ، مع العلم بالشركة : إذن لهم .

قال : وإن باع كل واحد ما أخذ ، ولم يعط غيره ، واشتركا فى الكسب : جاز فى أظهر الوجهين كالجباح ، ولئلا تقع منازعة .

وقال الشيخ تقى الدين أيضا : نقلت من خط ابن الصيرفى ـ مما علقه على عمد الأدلة ـ قال : ذهب القاضى إلى أن شركة الدلالين لا تصح . لأنه توكيل فى مال الغير .

وقال الشريف أبو جعفر وابن عقيل : تصح الشركة ، على ماقاله فى منافع البهائم . انتهى .

وقال القاضى وأصحابه : إذا قال « أنا أتقبل العمل وتعمل أنت ، والأجرة بيننا » جاز ، جعلاً لضمان المتقبل كالمال .

الثالثة : لو اشترك ثلاثة ـ لواحد دابة ، ولآخر راوية . والثالث يعمل ـ صح فى قياس قول الإمام أحمد . فإنه نص فى الدابة ـ يدفعها إلى آخر يعمل عليها ـ على أن لهما الأجرة : على صحة ذلك . وهذا مثله .

فعلى هذا : يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه .

وكذا لو اشترك أربعة : لواحد دابة ، ولآخر رحا ، ولثالث دكان ، والرابع يعمل . وهذا الصحيح فيهما . اختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفروع ، والرعاية .

وقيل : العقد فاسد فى المسألتين .

قال المصنف : اختاره القاضى .

قال فى الفروع : وعند الأكثر فاسدتان . وجزم به فى التلخيص .

فعلى الثانى : للعامل الأجرة . وعليه لرفقته أجرة آلاتهم .

وقيل : إن قصد السَّقاء أخذَ الماء : فلهم . ذكره فى الفروع .

وقال فى الرعاية ، وقيل : الماء للعامل بغرفه له من موضع مباح للناس .

وقيل : الماء لهم على قدر أجرتهم .

وقيل : بل أثلاثاً . انتهى .

الرابعة : لو استأجر شخص من الأربعة ما ذكر : صح .

وهل الأجرة بقدر القيمة ، أو أرباعاً ؟ على وجهين ، بناء على ما إذا تزوج أربعاً بمهر واحد . أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد . على ما يأتى فى مواضعه .

وإن تقبل الأربعة الطحن فى ذممهم : صح . والأجرة أرباعا . ويرجع كل واحد على رفقته ، لتفاوت قدر العمل بثلاثة أرباع أجر المثل .

الخامسة : لو قال : أجر عبدى ، وأجرته بيننا : فالأجرة كلها للسيد : وللآخر أجرة مثله .

قوله ﴿ الخَامِسُ : شَرِكَةُ المفَاوضَةِ . وَهِيَ أَنْ يُدْخِلاَ فِي الشَّرِكَةِ الأَكْسَابَ النَّادِرَةَ ، كَوُجْدَانِ لُقَطَةٍ ، أَوْ رِكَازٍ ، أَوْ مَا يَحْصُلُ لَهُمَا مِنْ مِيرَاثٍ ، وَمَا يَلْزَمُ أَحَدَهُمَا مِنْ ضَمَانِ غَصْبٍ ، أَوْ أَرْشِ جِنَايَةٍ ، وَنَحوِ ذَلِكَ ﴾

كما يحصل لهما من هبة أو وصية ، وتفريط ، وتعدٍّ ، وبيع فاسد .

﴿ فَهَذِهِ شَرِكَةٌ فَاسِدَةٌ ﴾ .

اعلم أن شركة « المفاوضة » على ضربين .

أحدهما : أن يفوض كل واحد منهما إلى صاحبه الشراء أو البيع ، والمضاربة ، والتوكيل ، والابتياع فى الذمة ، والمسافرة بالمال ، والارتهان ، وضمان ما يرى من الأعمال . فهذه شركة صحيحة . لأنهما لاتخرج عن شركة العنان ، والوجوه ،

والأبدان . وجميعها منصوص على صحتها . والربح على ماشرطاه . والوضيعة على قدر المال . قاله الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وإن اشتركا فى كل مايثبت لهما أو عليهما ، ولم يدخلا فيها كسبا نادراً ، أو غرامة ، كلقطة وضمان مال : صح .

وقال فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم : و« المفاوضة » أن يفوض كل واحد منهما إلى الآخر كل تصرف مالى و بدنى من أنواع الشركة فى كل وقت ومكان على مايرى . والربح على ماشرطا . والوضيعة بقدر المال . فتكون شركة عنان ، أو وجوه ، أو أبدان ، ومضاربة . انتهوا .

الضرب الثانى : ماذكره المصنف . وهى أن يدخلا فيها الأكساب النادرة ونحوها . فهذه شركة فاسدة . على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف . ونص عليه . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والمغنى ، والتلخيص ، والحاوى الصغير ، والشرح ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

وقال فى المحرر : إن اشتركا فى كل مايثبت لهما أو عليهما : صح العقد ، دون الشرط . نص عليه . وأطلق . وذكره فى الرعاية قولاً .

وفى طريقة بعض الأصحاب : شركة المفاوضة : أن يقول « أنت شريك لى فى كل مايحصل لى بأى جهة كانت من إرث وغيره » لنا فيه روايتان . المنصور : لاتصح . انتهى .

فعلى المذهب : لكل منهما ربح ماله وأجرة عمله . ومايستفيده له . و يختص بضمان ماغصبه ، أو جناه ، أو ضمنه عن الغير .

باب المساقاة

فائدة : « المساقاة » مفاعلة من السقى . وهى دفع شجر إلى من يقوم بمصلحته بجزء معلوم من ثمرته . قاله المصنف ، والشارح ، وابن منجا فى شرحه .

قال السامرى فى مستوعبه : هى أن يسلم نخله أو كرمه ، أو شجراً له ثمر مأكول

قال الزركشى : وليس بجامع . لخروج مايدفع إليه ليغرسه و يعمل عليه . ولا بمانع ، لدخول ماله ثمر غير مقصود ، كالصنوبر .

قوله ﴿ تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ فِى النَّخْلِ وَكُلِّ شَجَرٍ له ثَمَرٌ مَأْكُولٌ بِبَعْضِ ثَمَرَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقال المصنف ، وتبعه الشارح : تصح على كل ثمر مقصود . فلا تصح فى الصنوبر .

وقالا : تصح على مايقصد ورقه أو زهره . وجزم به فى النظم ، وتجريد العناية .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : ونحوه ، كورد ، وياسمين ونحوهما . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وعنه : لاتصح إلا فى النخل والكرم ، لاغير .

وقال فى الرعاية الكبرى ــ بعد ذكر ماتقدم ــ : ولا تصح على شجر يثمر بعد عدة سنين . وقيل : تصح . انتهى .

قلت : وهو مشكل . فإن النخل و بعض الأشجار لاتثمر إلا بعد مدة طويلة ، وتصح المساقاة عليه .

فائدة : لو ساقاه على مايتكرر حمله : من أصول البقول ، والخضروات ــ كالقطن والمقاثى ، والباذنجان ونحوه ــ لم تصح .

قال فى الرعاية وغيره : ولا تصح المساقاة على مالاساق له .

وقال فى القاعدة الثمانين : إن قيل هى كالشجر ، صحت المساقاة . وإن قيل : هى كالزرع ، فهى مزارعة . وفيه وجهان .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِلَفْظِ الْمُسَاقَاةِ وَالْمُعَامَلَةِ ، وَمَا فِى مَعْنَاهُمَا ﴾

نحو « فالحتك ، أو اعمل بستانى هذا » .

قال فى الرعاية ، قلت : وبقوله « تعهد نخلى ، أو أبره ، أو اسقه . ولك كذا » أو « أسلمته إليك لتتعهده بكذا من ثمره » انتهى .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ فى أحد الوجهين ﴾

وهما فى المزارعة أيضاً . وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والمذهب الأحمد .

أحدهما : تصح . اختاره المصنف هنا ، والشارح ، وابن رزين . وقالوا : هو أقيس ، وابن عبدوس فى تذكرته . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وهو المذهب ، على ما اصطلحناه .

والثانى : لاتصح . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وقيل : إن صحت بلفظها كانت إجارة . ذكره فى الرعاية .

قوله ﴿ وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِى رِوَايَةِ جَمَاعَةٍ — فِيمَنْ قَالَ : أَجَّرْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضَ بِثُلُثِ مَايَخْرُجُ مِنْهَا — أَنَّهُ[1] يَصِحُّ . وَهَذِهِ مُزَارَعَةٌ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ . ذَكَرَهُ أَبو الخطَّابِ ﴾ .

---

(١) من هنا خرم من نسخة المصنف قدر ثلاث ورقات

والمصنف هنا ، واختاره فى المساقاة . واختار المصنف ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل : أن هذه مزارعة بلفظ الإجارة .

قال المصنف هنا : وهذا أقيس ، وأصح . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

فعلى هذا : يكون ذلك على قولنا «لا يشترط كون البذر من رب الأرض» كما هو مختار المصنف ، وجماعة . بل يجوز أن يكون من العامل ، على ما يأتى فى المزارعة .

والصحيح من المذهب : أن هذه إجارة ، وأن الإجارة تجوز بجزء مشاع معلوم مما يخرج من الأرض المأجورة . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم : اختاره الأكثر .

قال القاضى : هذا المذهب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : تصح إجارة الأرض للزرع ببعض الخارج منها . وهذا ظاهر المذهب ، وقول الجمهور . انتهى .

وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والفائق وغيرهم . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا تصح الإجارة بجزء مما يخرج من الأرض . واختاره أبو الخطاب والمصنف .

قال الشارح : وهو الصحيح . ذكره آخر الباب .

وقال : هى مزارعة بلفظ الإجارة .

وعنه : تكره ، وتصح . وأطلق الأولى والأخيرة فى المستوعب .

فعلى المذهب : يشترط لها شروط الإجارة ، من تعيين المدة وغيره .

فوائد

الأولى : لو صح فيما تقدم إجارة أو مزارعة ، فلم يزرع : نظر إلى معدل المغل

فيجب القسط المسمى فيه . فإن فسدت ، وسميت إجارة : فأجرة المثل ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى الفائق : جعل من صححها إجارة العوضَ غير مضمون .

وقيل : قسط المثل . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

الثانية : تجوز وتصح إجارة الأرض بطعام معلوم من جنس الخارج ، على الصحيح . نصرها أبو الخطاب .

قال فى الفائق : وهو المختار . وجزم به ناظم المفردات . وهو منها . وقدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير .

وعنه : لا تجوز ، ولا تصح . اختاره القاضى . وصححه الناظم .

قال ابن رزين : لا تصح فى الأظهر . وجزم به فى نهايته . وأطلقهما فى المغنى والشرح ، والفائق .

وعنه رواية ثالثة : تكره ، وتصح . وأطلقهن فى الفروع .

وحمل القاضى الجواز على الذمة ، والمنع على أنه منه .

الثالثة : إجارتها بطعام من غير جنس الخارج تصح . على الصحيح من المذهب ونص عليه فى رواية الحسن بن ثواب . وجزم به فى المستوعب ، والنظم ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، والفائق .

وعنه : ربما قال « نهيته » .

قال القاضى : هذا من الإمام أحمد على سبيل الورع .

قوله ﴿ وَهَلْ تَصِحُّ عَلَى ثَمَرَةٍ مَوْجُودَةٍ ﴾ يعنى : إذا لم تكمل ؟ ﴿ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والكافى والمحرر ، والشرح ، والمذهب الأحمد .

إحداهما : تصح ، وهى المذهب . وعليها أكثر الأصحاب . منهم أبو بكر .

قال فى الخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والرعاية الكبرى ، والفروع : تصح على أصح الروايتين . وصححه فى تصحيح المحرر .

قال فى تجريد العناية : تصح على الأظهر . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .
وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والرواية الثانية : لا تصح . صححه فى النظم .

فائدة : وكذا الحكم لو زارعه على زرع نابت ينمو بالعمل . قاله الأصحاب .

وأما إن زارعه على الأرض وساقاه على الشجر : فيأتى فى كلام المصنف وما يتعلق به فى أول فصل المزارعة .

قوله ﴿ وإِنْ سَاقَاهُ عَلَى شَجَرٍ يَغْرِسُهُ وَيَعْمَلُ عَلَيْهِ حَتَّى يُثْمِرَ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَرَةِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب المشهور المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ، وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمنور ، ومنتخب الأزجى ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، والفائق .

وقيل : لا تصح .

قال القاضى : المعاملة باطلة .

فعلى المذهب : يكون الغرس من رب الأرض . فإن شرطه على العامل : فحكمه حكم المزارعة إذا شرط البذر من العامل . على ما يأتى فى كلام المصنف .

فوائد

الأُولى : قال فى الفروع : ظاهر نص الإمام أحمد رحمه الله : جواز المساقاة على شجر يغرسه و يعمل عليه بجزء معلوم من الشجر ، أو بجزء من الشجر والثمر ، كالمزارعة . وهى المغارسة ، والمناصبة .

واختاره أبو حفص العكبرى فى كتابه . وصححه القاضى فى التعليق أخيراً .

واختاره فى الفائق ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكره ظاهر المذهب .

وقال : ولو كان مغروساً ، ولو كان ناظر وقف ، وأنه لا يجوز للناظر بعده بيع نصيب الوقف من الشجر بلا حاجة ، وأن للحاكم الحكم بلزومها فى محل النزاع فقط . انتهى .

وهذا احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لاتصح . اختاره القاضى فى المجرد ، والمصنف ، والشارح . وجزم به فى الرعاية الكبرى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والفائق .

الثانية : لو كان الاشتراك فى الغراس والأرض : فسدت وجهاً واحداً . قاله المصنف ، والشارح ، والناظم ، وغيرهم .

وقال الشيخ تقى الدين : قياس المذهب صحتها .

قال فى الفائق ، قلت : وصحح المالكيون المغارسة فى الأرض الملك ، لا الوقف . بشرط استحقاق العامل جزءاً من الأرض مع القسط من الشجر . انتهى

الثالثة : لو عملا فى شجر لهما ، وهو بينهما نصفان ، وشرطا التفاضل فى ثمره : صح على الصحيح من المذهب . جزم به فى المنور وغيره . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وغيره . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع . وصححه فى تصحيح المحرر .

وقيل : لا تصح كمساقاة أحدهما للآخر بنصفه . وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

فعلى هذا الوجه : فى أجرته احتمالان فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

قلت : الأولى أن تكون له الأجرة على الآخر ، قياساً على نظائرها .

قوله ﴿ وَالْمُسَاقَاةُ : عَقْدٌ جَائِزٌ فِى ظَاهِرِ كَلَامِهِ ﴾ .

فى رواية الأثرم . وقد سئل عن الأكار يخرج من غير أن يخرجه صاحب الضيعة ؟ فلم يمنعه من ذلك .

وكذا حكم المزارعة ، وهذا المذهب . اختاره ابن حامد وغيره .

قال فى تجريد العناية : وهى عقد جائز فى الأظهر . وصححه ناظم المفردات . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، والمذهب الأحمد ، ومنتخب الأدمى . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : هى عقد لازم . قاله القاضى . واختاره الشيخ تقى الدين . وقدمه فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب .

واختار فى التبصرة : أنها جائزة من جهة العامل ، بل لازمة من جهة المالك . مأخوذ من الإجارة .

فعلى المذهب : يبطلها ما يبطل الوكالة . ولا تفتقر إلى ذكر مدة . ويصح توقيتها . ولكل واحد منهما فسخها .

فمتى انفسخت ــ بعد ظهور الثمرة ــ فهى بينهما . وعليه تمام العمل .

وإن فسخ العامل قبل ظهورها : فلا شىء له . وإن فسخ رب المال ــ قال فى الرعاية : أو أجنبى ــ فعليه للعامل أجرة عمله .

وعلى الوجه الثانى : لاتبطل بما يبطل الوكالة .

وتفتقر إلى القبول لفظاً . ويشترط ضرب مدة معلومة تكمل فى مثلها الثمرة . فإن جعلا مدة لا تكمل فيها : لم تصح .

وهل للعامل أجرة ؟ على وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : له أجرة مثله . وهو الصحيح .

قال فى التصحيح : أحدهما : إن عمل فيها وظهرت الثمرة : فله أجرة مثله . وهو الصحيح . وإن لم تظهر : فلا شىء له .

وكذا قال فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وصححاه . وصححه فى النظم .

والوجه الثانى : لا أجرة له . وقدمه ابن رزين .

وقال فى الرعاية ، قلت : إن جهل ذلك فله أجرة . وإلا فلا .

تنبيه : عكس صاحب الفروع . بناء على الوجهين . والظاهر : أنه من الكاتب حين التبييض ، أو سبقة قلم .

فائدة : لو كان البذر من رب الأرض ، وفسخ قبل ظهور الزرع ، أو قبل البذر وبعد الحرث ، فقال القاضى فى الأحكام السلطانية : قياس المذهب : جواز بيع العمارة التى هى الآبار ، ويكون شريكا فى الأرض بعمارته .

واختار ابن منصور : أنه تجب له أجرة عمله ببدنه . وما أنفق على الأرض من ماله . وحمل كلام الإمام أحمد رحمه الله عليه .

وأفتى الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن زارع رجلا على مزرعة بستان . ثم أجرها ـ هل تبطل المزارعة ؟ .

فقال : إن زارعه مزارعة لازمة : لم تبطل بالإجارة . وإن لم تكن لازمة أعطى الفلاح أجرة عمله .

وأفتى أيضاً فى رجل زرع أرضاً ، وكانت بوراً وحرثها ، فهل له إذا خرج منها فلاحه : إن كان له فى الأرض فلاحة لم ينتفع بها : فله قيمتها على من انتفع بها . فإن كان المالك انتفع بها ، أو أخذ عوضا عنها المستأجر : فضمانها عليه . وإن أخذ الأجرة عن الأرض وحدها : فضمان الفلاحة على المستأجر المنتفع بها .

قال فى القواعد : ونص الإمام أحمد ، فى رواية صالح ـ فيمن استأجر أرضاً

مفلوحة ، وشرط عليه أن يردها مفلوحة ، فما أخذها ـ أن له أن يردها عليه كما شرط . قال : ويتخرج مثل ذلك فى المزارعة .

قوله ﴿ وَإِنْ جَعَلاَ مُدَّةً قَدْ تَكْمُلُ وَقَدْ لاَ تَكْمُلُ ، فَهَلْ تَصِحّ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : تصح . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وقدمه فى الرعايتين والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثاني : لا تصح .

قال الناظم : هذا أقوى . وجزم به ابن رزين فى نهايته ونظمها .

فائدة : وكذا الحكم لو جعلاها إلى الجداد ، أو إلى إدراكها . قاله فى الفروع وأطلق فى الرعاية الكبرى الوجهين هنا .

قلت : الصواب الصحة ، وإن منعنا فى التى قبلها .

قوله ﴿ وَإِنْ قُلْنَا : لاَتَصِحّ ، فهَلْ لِلْعَامِلِ أُجْرَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : له الأجرة . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح ، والنظم . وقطع به فى الفصول . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وابن رزين ، ومال إليه ابن منجا فى شرحه .

والوجه الثاني : ليس له أجرة .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ : تَمَّمَ الْوَارِثُ ، فَإِنْ أَبَى اسْتُؤْجِرَ عَلَى

الْعَمَلِ ﴾ يَعْنِي اسْتَأْجَرَ الْحَاكِمُ ﴿ مِنْ تَرِكَتِهِ . فَإِنْ تَعَذَّرَ فَلِرَبِّ الْمَالِ الْفَسْخُ ﴾ بلا نزاع .

قوله ﴿ فَإِنْ فَسَخَ بَعْدَ ظُهُورِ الثَّمَرَةِ ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

يعني : إذا مات العامل ، وأبى الورثة العمل ، وتعذر الاستئجار عليه ، وفسخ رب المال : فإن كان بعد ظهور الثمرة ، فهي بينهما . قاله الأصحاب .

وظاهر كلام صاحب الفروع هنا : أن في استحقاق العامل خلافاً مطلقاً .

فإنه قال : فإن لم يصلح ففي أجرته لميت وجهان .

والعرف بين الأصحاب : أن محل الخلاف إذا لم يظهر . لا إذا لم يصلح . فليعلم ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ فَسَخَ قَبْلَهُ ﴾ يعني قبل الظهور ﴿ فَهَلْ لِلْعَامِلِ أُجْرَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادي ، والمغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والنظم .

أحدهما : له الأجرة . صححه في التصحيح . وجزم به في منتخب الأدمي .

والوجه الثاني : ليس له أجرة . وقدمه في الرعايتين .

فائدة : إذا فسخ بعد ظهور الثمرة ، وبعد موت العامل ، فهي بينهما .

فإن كان قد بدا صلاحه خُيِّر المالك بين البيع والشراء . فإن اشترى نصيب العامل جاز . وإن اختار بيع نصيبه باع الحاكم نصيب العامل .

وأما إذا لم يبد صلاحه : فلا يصح بيعه إلا بشرط القطع . ولا يباع نصيب العامل وحده لأجنبي .

وهل يجوز للمالك شراؤه ؟ على وجهين .

وكذا الحكم فى بيع الزرع . فإنه إن باعه قبل ظهوره : لا يصح . وإن باعه بعد اشتداد حبه : صح .

وفيما بينهما لغير رب الأرض باطل . وفيه له وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والفصول .

وقدم فى الرعاية الكبرى عدم الصحة .

قلت : قد تقدم فى بيع الأصول والثمار الخلاف هناك . وأن الصحيح من المذهب : الجواز . فليراجع .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ إِنْ هَرَبَ العَامِلُ فَلَمْ يُوجَدْ لَهُ مَا يُنْفَقُ مِنْهُ عَلَيْهَا ﴾

يعنى حكمه حكم مالو مات . كما تقدم من التفصيل . وهو أحد الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا .

والصحيح من المذهب : أن الهارب ليس له أجرة قبل الظهور .

قال المصنف ، والشارح : والأولى فى هذه الصورة : أن لا يكون للعامل أجرة . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

فائدة : لو ظهر الشجر مستحقا ، فللعامل أجرة مثله على غاصبه . ولا شىء على ربه .

قوله ﴿ وَإِنْ عَمِلَ فِيهَا رَبُّ المَالِ بِإِذْنِ حَاكِمٍ ، أَوْ إِشْهَادٍ : رَجَعَ بِهِ . وَإِلَّا فَلَا ﴾ .

إذا عمل فيها رب المال بإذن حاكم : رجع . قولا واحداً . وقطع المصنف هنا أنه يرجع إذا أشهد .

وذكر الأصحاب فى الرجوع إذا نواه ، ولم يستأذن الحاكم : الروايتين اللتين فيمن قضى ديناً عن غيره بنية الرجوع . على ما تقدم فى باب الضمان .

والصحيح : الرجوع على ما تقدم .

ثم إن الأكثرين اعتبروا هنا استئذان الحاكم .

وكذلك اعتبر الأكثر : الاشهاد على نية الرجوع .

وفى المغنى وغيره : وجه لايعتبر .

قال فى القواعد : وهو الصحيح .

وقوله « وإلا فلا » يعنى : أنه إذا لم يستأذن الحاكم ، ولم يشهد : لايرجع .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى النظم .

أما إذا لم يستأذن الحاكم ، فلا يخلو : إما أن يتركه عجزاً عنه ، أو لا .

فإن ترك استئذان الحاكم عجزاً ، فإن نوى الرجوع : رجع . جزم به فى الفروع .
وإن لم ينو الرجوع : لم يرجع .

وإن قدر على الاستئذان ، ولم يستأذنه ، ونوى الرجوع : ففى رجوعه الروايتان اللتان فيمن قضى ديناً عن غيره . والصحيح : الرجوع ، على ماتقدم . قاله فى القواعد .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أمكن إذن العامل ، أو الحاكم ، ولم يستأذنه بل نوى الرجوع ، أو أشهد مع النية : فوجهان .

قوله ﴿ وَيَلْزَمُ العَامِلَ مافيهِ صَلَاحُ الثَّمَرَةِ وَزِيَادَتِهَا : مِنَ السَّقْىِ وَالْحَرْثِ ، وَالإبَارِ ، وَالتَّلْقِيحِ ، وَالتَّشْمِيسِ ، وَإِصْلَاحِ طُرُقِ المَاءِ ، وَمَوضِعَ التَّشْمِيسِ ونحوه ﴾ .

ويلزم أيضاً قطع حشيش مضر ، وآلة الحراثة ، وبقر الحرث . وهذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقال ابن رزين : فى بقر الحرث روايتان .

وقال ابن عقيل فى الفنون : يلزم العامل الفأس النحاس التى تقطع الدغل فلا ينبت . وهو معنى مافى المحرر وغيره . قاله فى الفروع .

قلت : قال فى المحرر وغيره : و يلزم العامل قطع الحشيش المضر .

قوله ﴿ وَعَلَى رَبِّ المَالِ مَافِيهِ حِفْظُ الأَصْلِ : مِنْ سَدِّ الحِيطَانِ وَإِجْرَاءِ الأَنْهَارِ ، وَحَفْرِ البِئْرِ ، وَالدُّولَابُ وَمَا يُدِيرُهُ ﴾ .

ويلزمه أيضاً : شراء الماء . وما يلقح به . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الأصحاب : بقر الدولاب على رب المال . نقله المصنف ، والشارح . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والفروع .

وقال ابن أبى موسى والمصنف : يلزم العامل بقر الدولاب ، كبقر الحرث .

وقيل : ما يتكرر كل عام فهو على العامل . وما لا فلا .

قال المصنف : وهذا أصح ، إلا مايلقح به . فإنه على رب المال . و إن تكرر كل سنة .

وذكر ابن رزين فى بقر الحرث والسانية — وهى البكرة — وما يلقح به : روايتين .

وقال الشيخ تقى الدين : السباخ على المالك . وكذلك تسميد الأرض بالزبل إذا احتاجت إليه . ولكن تفريقه فى الأرض على العامل .

فائدة : لو شرط على أحدهما مايلزم الآخر : لم يجز ، وفسد الشرط . على الصحيح من المذهب ، إلا فى الجداد . على مايأتى . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وغيرهما .

قال فى الفروع : والأشهر يفسد الشرط

قال فى الرعاية الكبرى : فسد الشرط فى الأقيس . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وذكر أبو الفرج : يفسد شرط خراج أو بعضه على عامل .

وأخذ المصنف من الرواية التى فى الجداد : إذا شرطه على العامل . وصحح الصحة هنا ، لكن قال : بشرط أن يعمل العامل أكثر العمل .

فعلى الأول : فى بطلان العقد روايتان . وأطلقهما فى المستوعب ، والرعايتين والحاوى الصغير ، والفروع ، والنظم ، والفائق .

إحداهما : يفسد العقد . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والثانية : لايفسد . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قوله ﴿ وَحُكْمُ العَامِلِ حُكْمُ المُضَارِبِ فِيمَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ وَمَا يُرَدّ ﴾ .

وما يبطل العقد ، وفى الجزء المقسوم . كما تقدم فى المضارب . وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى الموجز : إن اختلفا فيما شرط له : صدق ، فى أصح الروايتين .

وقال فى الرعاية الكبرى : يصدق رب الأرض فى قدر ماشرطه له . وتقدم بينته . وقيل : بل بينة العامل . وهو أصح .

فائدة : ليس للمساقى أن يساقى على الشجر الذى ساقى عليه . وكذا المزارع كالمضارب . قاله فى المغنى ، وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ ثَبَتَتْ خِيَانَتُهُ : ضُمَّ إِلَيْهِ مَنْ يُشَارِفُهُ . فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ حِفْظُهُ : اسْتُؤْجِرَ مِنْ مَالِهِ مَنْ يَعْمَلُ العَمَلَ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لكن إن اتهم بالخيانة ولم تثبت . فقال المصنف ، والشارح وابن رزين فى شرحه : يحلف كالمضارب .

قلت : وهو الصواب .

وقال غيرهم : المالك ضم أمين بأجرة من نفسه . قاله فى الفروع .

والظاهر : أن مراد المصنف ـ ومن تابعه ـ بعد فراغ العمل . ومراد غيره : فى أثناء العمل . فلا تنافى بينهما .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن لم تثبت خيانته بذلك فمن المالك .

وقال فى المنتخب : تسمع دعواه المجردة .

قال فى الفروع : وإن لم يقع النفع به ، لعدم بطشه : أقيم مقامه ، أو ضم إليه .

قوله ﴿ فَإِنْ شَرَطَ إِنْ سَقَي سَيْحاً : فَلَهُ الرُّبُعُ . وَإِنْ سَقَي بِكُلْفَه فَلَهُ النِّصفُ ، وَإِنْ زَرَعَهَا شَعِيراً : فَلَهُ الرُّبُعُ . وَإِنْ زَرَعَهَا حِنْطَةً : فَلَهُ النِّصْفُ : لَمْ يَصِحَّ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير . وقدمه فى الأولى ، وفى الهداية ، والمذهب ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمستوعب ، وقال : نص عليه .

والوجه الثانى : يصح . قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : بناء على قوله فى الإجارة « إن خطته رومياً : فلك درهم ، وإن خطته فارسياً : فلك نصف درهم » فإنه يصح على المنصوص على ما يأتى . وهذا مثله . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا .

وأطلقهما فى الأولى فى الفائق . وأطلقهما فى الثانية فى الهداية ، والمذهب ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة[1] ، والتلخيص ، والبلغة .

فائدتان

إحداهما : لو قال « لك الخمسان إن لزمتك خسارة ، ولك الربع إن لم تلزمك

(١) انتهى هنا الخرم من نسخة المصنف .

خسارة » لم تصح ، على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقال : هذا شرطان في شرط . وعليه أكثر الأصحاب . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال المصنف : يخرج فيها مثل ما إذا قال « إن سقى سيحا فله كذا ، وإن سقى بكلفة فله كذا » .

الثانية : لو قال « ما زرعت من شيء فلي نصفه » صح قولا واحداً .

قوله ﴿ وَتَجُوزُ المُزَارَعَةُ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب قاطبة .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : هي أحل من الإجارة . لاشتراكهما في المغنم والمغرم .

وحكى أبو الخطاب رواية : بأنها لا تصح . ذكرها في مسألة المساقاة .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِي الأَرْضِ شَجَرٌ فَزَارَعَهُ الأَرْضَ وَسَاقَاهُ عَلَى الشَّجَرِ : صَحَّ ﴾ .

بلا نزاع . ونص عليه .

فائدة : إذا أجره الأرض ، وساقاه على الشجر ، فلا يخلو : إما أن يكون ذلك حيلة أو لا . فإن كان غير حيلة ، فقال في الفروع : فكجمع بين بيع وإجارة . والصحيح من المذهب : صحتها هناك . فكذا هنا . وهو المذهب .

قال في الفائق : صح في أصح الوجهين . وجزم به في الفائق أيضاً ، في أواخر بيع الأصول والثمار . وقدمه في المغني ، والشرح ، والشارح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وقيل : لا يصح . وهو احتمال في المغني ، وغيره .

وإن كان حيلة ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يصح .

قال فى الفروع : هذا المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق فى هذا الباب . وقدمه فى الفائق فى باب بيع الأصول والثمار .

وقال فى الرعاية الكبرى : لم تصح المساقاة . وللمستأجر فسخ الإجارة إن جمعهما فى عقد واحد .

وذكر القاضى فى إبطال الحيل جوازه .

قلت : وعليه العمل فى بلاد الشام .

قال فى الفائق : وصححه القاضى .

فعلى المذهب : إن كانت المساقاة فى عقد ثان ، فهل تفسد المساقاة فقط ، أو تفسد هى والإجارة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : تفسد المساقاة فقط . وهو الصحيح . قدمه فى الرعاية الكبرى .

والوجه الثانى : يفسدان . وهو ظاهر ما جزم به فى المغنى ، والشرح .

وإن جمع بينهما فى عقد واحد : فكتفريق الصفقة . وللمستأجر فسخ الإجارة

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : سواء صحت أو لا . فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابل من العوض .

فائدة : لا تجوز إجارة أرض وشجر لحملها[1] ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وحكاه أبو عبيد إجماعاً .

قال الإمام أحمد رحمه الله : أخاف أن يكون استأجر شجراً لم يثمر ، وجوزه ابن عقيل ، تبعاً للأرض . ولو كان الشجر أكثر . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

وقال فى الفروع : وجوز شيخنا إجارة الشجر مفرداً . ويقوم عليها المستأجر كإجارة أرض للزرع ، بخلاف بيع السنين .

---

(١) كذا فى الأصل الذى بخط المصنف . وفى كشاف القناع (ج ٣ ص ٤٥٤) « تصح إجارة أرض وشجر لحملها » أى لحمل الشجر . وهو ورقها وثمرها .

فإن تلفت الثمرة : فلا أجرة . وإن نقصت عن العادة : فالفسخ أو الأرش . لعدم المنفعة المقصودة بالعقد . وهي كجائحة . انتهى .

وأما إجارتها لنشر الثياب عليها ونحوه : فتصح .

قوله ﴿ وَلاَ يُشْتَرَطُ كَوْنُ البَذْرِ مِنْ رَبِّ الأَرْضِ ﴾

هَذَا إحْدَى الرِوَايَتَيْنِ .

واختاره المصنف ، والشارح ، وابن رزين ، وأبو محمد الجوزى ، والشيخ تقى الدين ، وصاحب الفائق ، والحاوى الصغير . وجزم به ابن رزين في نهايته ونظمها .

قلت : وهو أقوى دليلا .

﴿ وَظَاهِرُ المَذْهَبِ : اشْتِرَاطُهُ ﴾

وهو الصحيح من المذهب ، والمشهور عن الإمام أحمد رحمه الله . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال الشارح : اختاره الخرقى ، وعامة الأصحاب . وجزم به القاضى ، وكثير من أصحابه . وأطلقهما في المستوعب ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والمحرر

فعلى المذهب : لو كان البذر كله من العامل : فالزرع له . وعليه أجرة الأرض لربها ، وهى المخابرة .

وقيل « المخابرة » أن يختص أحدهما بما على جدول أو ساقية ، أو غيرهما . قاله في الرعاية .

وخرج الشيخ تقى الدين رحمه الله وجها في المزارعة الفاسدة : أنها تتملك بالنفقة من زرع الغاصب .

قال في القاعدة التاسعة والسبعين : وقد رأيت كلام الإمام أحمد رحمه الله يدل عليه ، لا على خلافه .

فائدة : مثل ذلك : الإجارة الفاسدة .

تنبيه : دخل فى كلام المصنف : ما لو كان البذر من العامل أو غيره ، والأرض لهما ، أو بينهما . وهو صحيح . قاله فى الفروع وغيره .

قال فى الفائق : ولو كان من العامل ، أو منهما ، أو من العامل والأرض بينهما ، ثم حكى الخلاف .

وقال الأصحاب : لو كان البذر منهما : فحكمه حكم شركة العنان .

فائدتان

الأولى : لو رد على عامل كبذره : فروايتان فى الواضح . نقله فى الفروع .

قلت : أكثر الأصحاب قطعوا بفسادها حيث شرط ذلك .

الثانية : لو كان البذر من ثالث ، أو من أحدهما والأرض والعمل من آخر ، أو البقر من رابع : لم يصح . على الصحيح من المذهب .

وذكر فى المحرر ، ومن تابعه : تخريجاً بالصحة .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله رواية . واختاره .

وذكر ابن رزين فى مختصره : أنه الأظهر .

ولو كانت البقر من واحد ، والأرض والبذر وسائر العمل من آخر : جاز . قاله فى الفائق ، والفروع .

وإن كان من أحدهما الماء : ففى الصحة روايتان ، تأتيان فى كلام المصنف قريباً . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، وأكثر الأصحاب : عدم الصحة .

ثم وجدت الشارح صححه . وصححه فى تصحيح المحرر . وقدمه فى الخلاصة ، والكافى . واختاره القاضى . قاله شارح المحرر .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْأَرْضِ مِثْلَ بَذْرِهِ ، وَيَقْتَسِمَا الْبَاقِىَ : فَسَدَتْ الْمُزَارَعَةُ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وقال فى الفروع : ويتوجه تخريج من المضاربة .

وجوز الشيخ تقى الدين أخذ البذر أو بعضه بطريق القرض . وقال : يلزم من اعتبر البذر من رب الأرض ، وإلا فقوله فاسد .

وقال أيضاً : تجوز كالمضاربة . وكاقتسامهما مايبقى بعد الكلف .

وقال أيضاً : ويتبع فى الكلف السلطانية العرف ، ما لم يكن شرط ، واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه .

قال : وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها : فعلى قدر الأموال . وإن وضعت على الزرع : فعلى ربه . أو على العقار : فعلى ربه . ما لم يشترطه على مستأجر . وإن وضع مطلقاً : رجع إلى العادة .

فائدة : لو شرط أحدهما اختصاصاً بقدر معلوم من غلة ، أو دراهم ، أو زرع جانب من الأرض ، أو زيادة أرطال معلومة : فسدت .

قوله ﴿ وَالْحَصَادُ عَلَى الْعَامِلِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . ونص عليه . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، وغيرهما .

وقيل : عليهما . وهو رواية عند ابن رزين ، واحتمال لأبى الخطاب ، وتخريج لجماعة .

وقال فى الموجز : فى الحصاد ، والدياس ، والتذرية ، وحفظه ببذره : الروايتان اللتان فى الجداد .

فائدة : اللقاط كالحصاد ، على الصحيح من المذهب . وقطع به الجمهور .

وقال فى الموجز : هل هو كحصاد ؟ فيه روايتان .

قال فى الرعاية الـكبرى ، قلت : واللقاط يحتمل وجهين .

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الْجِدَادُ ﴾ .

يعنى أنه على العامل كالحصاد . وهو إحدى الروايتين فى الرعاية الـكبرى ، والفروع ، وتخريج فى المحرر وغيره ، وقياس فى التلخيص . وجزم به فى الوجيز ، وقدمه فى شرح ابن رزين ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه .

وعنه أن الجداد عليهما بقدر حصتهما ، إلا أن يشرطه على العامل . نص عليه. وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وهو من مفردات المذهب .

فائدة : يكره الحصاد والجداد ليلا . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَزْرَعُ الْأَرْضَ بِبَذْرِى وَعَوَامِلِى . وَتَسْقِيهَا بِمَائِكَ وَالزَّرْعُ بَيْنَنَا . فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفروع ، ونهاية ابن رزين . ونظمها .

إحداهما : لا يصح . وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى فى المجرد ، والمصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح . وقدمه فى الخلاصة ، والـكافى ، وشرح ابن رزين ، والفائق .

والرواية الثانية : يصح . اختاره أبو بكر ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قوله ﴿ وَإِنْ زَارَعَ شَرِيكَهُ فِى نَصِيبِهِ : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به ابن منجا فى شرحه . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : لا يصح . اختاره القاضى . قاله فى التلخيص وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والتلخيص .

فعلى المذهب : يشترط أن يكون للعامل أكثر من نصيبه . والواقع كذلك .

فائدتان

إحداهما : ما سقط من الحب وقت الحصاد ، إذا نبت فى العام القابل : فهو لرب الأرض . على الصحيح من المذهب . ونص عليه .

وذكر فى المبهج وجهاً أنه لهما .

وقال فى الرعاية : هو لرب الأرض ، مالكا أو مستأجراً أو مستعيراً .

وقيل : له حكم العارية .

وقيل : حكم الغصب .

قال فى الرعاية : وفيه بعد .

ويأتى فى العارية : إذا حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره ونبت .

وكذا نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن باع قصيلا فحصد ، وبقى يسيراً . فصار سنبلا ـ فهو لرب الأرض . على الصحيح من المذهب .

وقال فى المستوعب : لو أعاره أرضاً بيضاء . ليجعل فيها شوكا أو دواباً ، فتناثر فيها حب ، أو نوى : فهو للمستعير . وللمعير إجباره على قلعه بدفع القيمة لنص الإمام أحمد رحمه الله على ذلك فى الغاصب .

الثانية : لو أجر أرضه سنة لمن يزرعها . فزرعها . فلم ينبت الزرع فى تلك السنة . ثم نبت فى السنة الأخرى : فهو للمستأجر . وعليه الأجرة لرب الأرض مدة احتباسها . وليس لرب الأرض مطالبته بقلعه قبل إدراكه . والله أعلم .

تم بحمد الله وحسن توفيقه : طبع الجزء الخامس من كتاب الإنصاف على النسخة التي بخط المصنف ، والتي منَّ الله بالجزء الثالث منها .

وهو لذلك ـ فيما أعتقد ـ أدق تصحيحاً ، وضبطاً من الأجزاء التي قبله .

والحمد لله الذي وفق وأعان على إتمام طبعه كذلك : ذلك بمطبعة السنة المحمدية في يوم الاثنين الثامن من شهر جمادى الأولى من سنة ١٣٧٦ هجرية ، الموافق لليوم العاشر من شهر ديسمبر سنة ١٩٥٦ ميلادية .

ويليه إن شاء الله تعالى : الجزء السادس ، وأوله « باب الإجارة » .

والله وحده المسئول أن يعين على سرعة إتمام طبع الأجزاء الباقية .

وصلى الله وسلم وبارك على خير خلقه ، وصفوته من عباده ، إمام المهتدين ، وخاتم المرسلين ، عبد الله ورسوله الكريم محمد وعلى آله أجمعين .

وأسأل الله أن يجعلنا وإخواننا المؤمنين ، من آل هذا الرسول وحزبه المفلحين في الدنيا والآخرة .

وكتبه فقير عفو الله ورحمته

محمد حامد الفقي

فهرس

الجزء السادس من الإنصاف

إلا المصحف فى أحد الوجهين
٢٧ استئجار النقد للتحلى والوزن لاغير
٢٨ إن أطلق فى النقد وقلنا بالصحة فى التى قبلها : لم يصح فى أحد الوجهين
٢٩ استئجار ولده لخدمته وامرأته لرضاع ولده وحضانته
« شروط استئجار المنفعة . أحدها : أن يعقد على نفع العين دون أجزائها
« لا تصح إجارة الطعام للأكل ، ولا الشمع ليشعله
٣٠ لا يصح استئجار حيوان ليأخذ لبنه إلا فى الظئر . ونقع البئر يدخل تبعاً
٣٢ الثانى : معرفة العين برؤية أو صفة ، فى أحد الوجهين
٣٣ لا يجوز إجارة المشاع مفرداً لغير شريكه
٣٤ لا يجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل ولا أرض لا تنبت للزرع
٣٤ كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها
« للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه الخ
٣٥ للمستعير إجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها
٣٦ يجوز إجارة الوقف . فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة
٣٨ إن أجر الولى اليتيم أو أجر ماله ، أو السيد العبد . ثم بلغ الصبي وعتق العبد
٤٠ يشترط كون المدة معلومة يغلب على الظن بقاء العين فيها وإن طالت
٤١ لا يشترط أن تلى العقد . فلو أجره سنة خمس فى سنة أربع صح
٤٤ إن أجره فى أثناء شهر سنة استوفى شهراً بالعدد
« الضرب الثانى : عقد على منفعة فى الذمة الخ
٤٥ لا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل الخ
« لا يصح الإجارة على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القربة
٤٧ الاستئجار للحج
٤٨ يكره للحر أكل أجرته
٤٩ للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله
٥٠ لا يجوز بمن هو أكبر ضرراً منه ، ولا بمن يخالف ضرره ضرره
« له أن يستوفى المنفعة وما دونها فى فى الضرر من جنسها الخ
٥١ فإن فعل فعليه أجرة المثل
٥٢ إن اكترى الدابة لحمولة شىء . فزاد عليه أو إلى موضع فجاوزه الخ
٥٣ إن تلفت ضمن قيمتها
٥٤ إلا أن تكون فى يد صاحبها الخ
٥٥ يلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع ، كزمام الجمل الخ

٨٧ إذا تسلم العين فى الإجارة الفاسدة الخ

٨٨ إن اكترى بدراهم ، وأعطاه عنها دنانير الخ

٨٩ باب السبق

« يجوز المسابقة على الدواب والأقدام الخ

٩٠ لا تجوز بعوض إلا فى الخيل والإبل والسهام

٩١ تعيين المركوب والرماة الخ

« يكون المركوبان من نوع واحد الخ

٩٢ لا مسابقة بين قوس عربى وفارسى

« يبين مدى الرمى بما جرت به العادة

٩٣ يكون العوض معلوماً مباحاً

« فإن أخرجا معا : لم يجز الخ

« يكافىء فرس المحلل فرسيهما ، أو بعيره بعيريهما الخ

٩٤ وإن شرطا أن السابق يطعم السبق أصحابه الخ

« والمسابقة جعالة

٩٥ على القول بلزومها : ليس لأحدهما فسخها الخ

« يقوم وارث الميت مقامه . وإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته

٩٦ السبق فى الخيل : بالرأس إذا تماثلت الأعناق

« ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرساً الخ

٩٧ شروط المناضلة . أن تكون على من يحسن الرمى الخ

٩٨ معرفة الرمى : هل هو مناضلة . أو مبادرة ؟

« ماهو الخواسق ؟

٩٩ إن تشاحا فى المبتدىء بالرمى أقرع بينهما

« إن أطارت الريح الغرض ، فوقع السهم موضعه الخ

« إن عرض عارض من كسر قوس ، أو قطع وتر الخ

١٠٠ يكره للأمين والشهود مدح أحدهما لما فيه من كسر قلب صاحبه

١٠١ كتاب العارية

« هى هبة منفعة

١٠٢ تجوز فى كل المنافع إلا منافع البضع

١٠٢ ولا يجوز إعارة العبد المسلم لكافر

١٠٣ تكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها

١٠٤ للمعير الرجوع متى شاء مالم يأذن

١٠٥ إن أعاره أرضا للدفن : لم يرجع حتى يبلى الميت

١٠٦ إن أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه الخ

٢٧١ إن دل فى البيع أو توكل لأحد المتبايعين . فهو على شفعته

« إن أسقط الشفعة قبل البيع لم تسقط

٢٧٢ إن ترك الولى شفعة للصبي فيها حظ

٢٧٥ الشرط الرابع : أن يأخذ جميع المبيع

« إن كانا شفيعين . فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما

٢٧٦ إن ترك أحدهما شفعته : لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك

٢٧٧ إن كان المشترى شريكا فالشفعة بينه وبين الآخر

« إذا كانت داراً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبى صفقتين

٢٧٨ إن أخذ بالثانى شاركه المشترى فى شفعته

« إن أخذ بهما لم يشاركه فى شفعته الأول .

« إن اشترى اثنان حق واحد

٢٨٠ إن اشترى واحد حق اثنين

٢٨٢ إن باع شقصا وسيفا .

« إن تلف بعض المبيع . فله أخذ الباقى بحصته من الثمن .

٢٨٣ الشرط الخامس: أن يكون للشفيع ملك سابق ، فإن ادعى كل واحد منهما السبق . فتحالفا .

« لاشفعة بشركة الوقف

٢٨٥ إن تصرف المشترى فى المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة .

٢٨٧ إن باع فللشفيع الأخذ بأى البيعين شاء .

« إن فسخ البيع بعيب أو إقالة فللشفيع أخذه إذا تقايلا الشقص

٢٩٠ إن أجره أخذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه .

٢٩١ إن استغله فالغلة له .

٢٩٢ إن قاسم المشترى وكيل الشفيع .

٢٩٤ إن اختار أخذه فأراد المشترى قلعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضرر

٢٩٥ إن باع الشفيع ملكه قبل العلم : لم تسقط شفعته .

٢٩٧ إن مات الشفيع : بطلت الشفعة ، إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه

٢٩٩ يأخذ الشفيع بالثمن الذى وقع عليه العقد

٣٠٠ إن عجز عنه أوعن بعضه : سقطت شفعته .

٣٠١ إن كان مؤجلا : أخذه الشفيع بالأجل إن كان مليئاً ، وإلا أقام كفيلا مليئا وأخذ به .

٣٠٢ إن كان الثمن عرضاً : أعطاه مثله، إن كان ذا مثل وإلا قيمته .

٣٠٣ إن اختلفا فى قدر الثمن فالقول قول المشترى ، إلا أن يكون للشفيع بينة

٣٠٥ إن قال المشترى : اشتريته بألف وأقام البائع بينة : أنه باعه بألفين
« إن قال المشترى غلطت أو نسيت ، أو كذبت . فهل يقبل قوله مع يمينه ؟ .
٣٠٦ إن ادعى أنك اشتريته بألف . فقال : بل اتهبته . فالقول قوله مع يمينه .
٣٠٧ إن كانت عوضا فى الخلع أو النكاح أو عن دم العمد .
٣٠٨ لاشفعة فى بيع الخيار قبل انقضائه
٣٠٩ إن أقر البائع بالبيع ، وأنكر المشترى . فهل تجب الشفعة ؟
٣١١ عهدة الشفيع على المشترى . وعهدة المشترى على البائع .
٣١٢ إن أبى المشترى قبض المبيع .
« لاشفعة لكافر على مسلم .
٣١٣ هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال . .

٣١٦ باب الوديعة

« إن تلفت من بين ماله
٣١٧ يلزمه حفظها فى حرز مثلها
« إن عين صاحبها حرزا .
٣١٨ إن أحرزها بمثله ، أو فوقه .
« إن نهاه عن إخراجها .
٣١٩ إن تركها فتلفت .
« إن أخرجها لغير خوف .

٣١٩ إن قال : لا تخرجها ، وإن خفت عليها فأخرجها عند الخوف أو تركها
٣٢٠ إن أودعه بهيمة ، فلم يعلفها حتى ماتت .
٣٢١ إن قال اتركها فى كمك ، فتركها فى جيبه .
٣٢٢ إن تركها فى يده احتمل وجهين .
٣٢٤ إن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله
٣٢٥ إن دفعها إلى أجنبي أو حاكم ، وليس للمالك مطالبة الأجنبي .
٣٢٦ إن أراد سفراً ، أو خاف عليها عنده : ردها إلى مالكها .
٣٢٨ وإلا دفعها إلى الحاكم .
٣٢٩ إن تعذر ذلك أودعها ثقة .
٣٣٠ دفنها واعلام بها ثقة يسكن تلك الدار .
« إن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها .
٣٣١ إن تعدى بخلطها بمالاتتميز منه .
٣٣٢ إن خلطها بمتميز .
« إن رد بدله متميزا فكذلك .
« إن كان غير متميز : ضمن الجميع
٣٣٥ إن أودعه صبي وديعة .
« إن أدوع الصبي وديعة .
٣٣٦ إن أتلفها لم يضمن .
٣٣٧ إن أودع عبداً وديعة ، فأتلفها : ضمنها فى رقبته
« المودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من رد وتلف .

٣٣٩ إن أذن فى دفعها إلى إنسان .
٣٤٠ مايدعى عليه من خيانة أو تفريط
« إن قال : لم يودعنى ، ثم أقر بها ، أو ثبتت ببينة . .
٣٤٢ إن قال مالك عندى شىء .
« إن مات المودع فأدعى وارثه الرد
٣٤٣ إن تلفت عند الوارث قبل إمكان ردها : لم يضمنها ، وبعده يضمنها
٣٤٦ إن ادعى الوديعة اثنان ، فأقر بها لأحدهما .
٣٤٧ إن أقر بها لهما ويحلف لكل واحد منهما .
« إن قال : لا أعرف صاحبها : حلف أنه لا يعلم .
٣٤٩ إن أودعه اثنان مكيلا ، موزوناً .
« إن غصبت الوديعة . فهل للمودع المطالبة بها ؟

٣٥٤ باب إحياء الموات

■ هى الأرض الداثرة التى لا يعلم أنها ملكت .
« إن كان فيها آثار الملك ولا يعلم لها مالك .
٣٥٧ من أحيي أرضا ميتة .
٣٦٠ إن لم يتعلق بمصالحه
٣٦٣ إن كان بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء .
« إذا ملك المحي ملكه بما فيه من المعادن الباطنة .

٣٦٤ إن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار
٣٦٥ مافضل من مائه : لزمه بذله لبهائم غيره .
« هل يلزمه بذله لزرع غيره ؟ .
٣٦٨ إحياء الأرض : أن يحوزها بحائط أو يجرى لها ماء .
٣٦٩ إن حفر بئرا عادية : ملك حريمها خمسين ذراعا .
٣٧٣ من تحجر مواتا لم يملكه
٣٧٤ هو أحق به ووارثه بعده ومن ينقله إليه .
« إن لم يتم إحياءه .
٣٧٥ إن أحياه غيره . فهل يملكه ؟ .
٣٧٧ للامام إقطاع موات لمن يحييه .
« للامام إقطاع الجلوس فى الطرق الواسعة .
٣٧٨ إن لم يقطعها . فلمن سبق إليها الجلوس فيها . ويكون أحق بها ما لم ينقل قماشه عنها .
٣٧٩ إن أطال الجلوس فيها . فهل يزال؟
٣٧٩ إن سبق اثنان : أقرع بينهما .
٣٨٠ من سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه .
« هل يمنع إذا مقامه ؟ .
٣٨٢ من سبق إلى مباح . كصيد وعنبر.
٣٨٣ إن سبق إليه اثنان : بينهما .
٣٨٤ إذا كان الماء فى نهر غير مملوك . كمياه الأمطار .

٣٨٧ ماحماه النبي صلى الله عليه وسلم : فليس لأحد نقضه .
« ماحماه غيره من الأئمة : فهل يجوز نقضه ؟ .

٣٨٩ باب الجعالة

« هى أن يقول : من رد عبدى ، أو لفطتى ، أو بنى لى هذا الحائط
٣٩٠ من فعله بعد أن بلغه الجعل : استحقه .
« تصح على مدة مجهولة وعمل مجهول
٣٩٢ إن اختلفا فى أصل الجعل أو قدره فالقول قول الجاعل .
« من عمل لغيره عملا بغير جعل : فلا شيء له .
٣٩٤ له بالشروع فى رد الآبق ديناراً، أو اثنى عشر درهماً .
٣٩٦ يأخذ منه ما أنفق عليه فى قوته .

٣٩٩ باب اللقطة

٣٩٩ هى المال الضائع من ربه .
« تنقسم ثلاثة أقسام . أحدها : مالا تتبعه الهمة .
٤٠١ فيملك بأخذه بلا تعريف .
٤٠٢ الثانى : الضوال التى تمنع من صغار السباع : كالإبل ، والبقر .
٤٠٣ من أخذها ضمنها .
« إن دفعها إلى نائب الإمام زال عنه

٤٠٤ الثالث : سائر الأموال ، كالأثمان والمتاع ، والغنم ، والفصلان ، والعجاجيل والأفلاء .
٤٠٥ من أمن نفسه عليها ، وقوى على تعريفها . فله أخذها والأفضل : تركها .
٤٠٦ متى أخذها ، ثم ردها إلى موضعها أو فرط فيها .
« هى ثلاثة أضرب . أحدها : حيوان فيخير بين أكله وعليه قيمته ، وبين بيعه وحفظ ثمنه . وبين حفظه والإنفاق عليه من ماله .
٤٠٧ هل يرجع بذلك ؟ .
٤٠٨ الثانى : مايخشى فساده ، فيخير بين بيعه وأكله .
٤١٠ ما يمكن تجفيفه فيعمل مايرى فيه الحظ لمالكه .
« يعرف الجميع بالنداء عليه فى مجامع الناس كاملا : من ضاع منه شيء أو نفقة .
٤١٢ أجرة المنادى عليه .
« قال أبو الخطاب: مالا يملك بالتعريف ومايقصد حفظه لمالكه : يرجع بالأجرة عليه .
« إن لم تعرف دخلت فى ملكه بعد الحول حكما . كالميراث .
٤١٤ عن الإمام أحمد : لايملك إلا الأثمان . وهى ظاهر المذهب

٤٤٠ يشترط فى الملتقط أن يكون مكلفاً رشيدا
« لايقر اللقيط فى يد ملتقطه البدوى
« إذا التقطه حضرى وأراد نقله إلى البادية
٤٤١ إذا التقطه حضرى وأراد نقله إلى بلد آخر
« يستثنى مالو كان البلد وبيئاً
٤٤٢ إنما يؤخذ فى يد ملتقطه لمن هو أولى إذا وجد
« إن التقطه اثنان قدم الموسر والمقيم
« إن تشاحا أقرع بينهما
٤٤٣ إن اختلف الملتقطان قدم صاحب البينة . فإن كان لكل بينة قدم الأسبق تاريخا ، أو يقرع بينهما .
٤٤٤ فإن لم تكن بينة قدم صاحب اليد
« فإن كان فى أيديهما اقرع بينهما .
٤٤٥ فإن لم تكن يد فمن وصفه بعلامة مميزة .
« وإلا سلمه الحاكم لمن يرى
« ميراث اللقيط وديته لبيت المال
٤٤٦ وليه الإمام فى القصاص والدية فى النفس والأطراف
٤٤٨ إن ادعى الجانى عليه رقه . فكذبه اللقيط بعد بلوغه
٤٤٩ إن ادعى انسان أن اللقيط مملوكه لم يقبل إلا ببينة تشهد : أن أمته ولدته فى ملكه

٤٥١ إن أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل
٤٥٢ إن أقر بالكفر : لم يقبل وحكمه حكم المرتد .
« إن أقر إنسان أنه ولده : ألحق به
٤٥٣ لايتبع الكافر فى دينه
« إن أقرت به امرأة ألحق بها
٤٥٤ إن أقر به عبد أو أمة ألحق بهما
« المجنون كالطفل اذا أمكن أن يكون منه
« من ثبت لحاقه ، ثم أنكر بعد البلوغ
« لو ادعى أجنبى نسبه : ثبت مع بقاء ملك سيده
٤٥٥ إن ادعاه اثنان فأكثر الخ
« لو كان فى يد أحدهما وأقام كل واحد بينة الخ
« لو كان فى يد امرأة الخ
« عرضه على القافة
« إن ألحقته بأحدهما : لحق به
٤٥٦ إن ادعاه أكثر من اثنين فألحق بهم لحق ، وإن كثروا
« يرث كل من لحق به ميراث ولد كامل ، ويرثونه ميراث أب واحد
٤٥٧ إذا ولدت امرأة ذكراً وولدت أخرى أنثى ، وادعت كل واحدة منهما ولد الأخرى
« إن نفته القافة عنهم ، أو أشكل ، أو لم توجد قافة : ضاع نسبه .
٤٥٨ لو ألحقته القافة بغير من انتسب إليه

٤٥٨ ليس الانتساب بالتشهى ، بل بالميل الطبيعى .

« لو انتسب إليهما جميعاً

« لو بلغ ولم ينتسب إلى واحد منهما

« تجب النفقة عليهما مدة الانتظار

« إذا أوجدت القافة بمكان بعيد ذهبوا إليها .

« لو قتله من ادعياه قبل أن يلحق بواحد منهما .

٤٥٩ إذا وطىء اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة .

« شرط القائف .

٤٦٠ يكفى قائف واحد ؟ .

٤٦١ القائف : شاهد ، أو حاكم ؟ .

٤٦٢ هل يشترط لفظ « الشهادة »

« إذا تعارضت شهادة القافة .

« يعمل بالقافة فى الأخوة والعمومة

٤٦٣ نفقة المولود على الواطئين حتى يلحق بأحدهما ، فيرجع بها .



الإنصاف

في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل

تأليف شيخ الإسلام العلامة الفقيه المحقق

علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي

الحنبلي تغمده الله برحمته

صححه وحققه

محمد حامد الفقي

الجزء السابع

الطبعة الأولى

على نسخة بخط المؤلف

رجب ١٣٧٦ هـ — فبراير ١٩٥٧ م

مطبعة السنة المحمدية
ت ٧٩٠١٧
رجب ١٣٧٦

بسم الله الرحمن الرحيم

و به نستعين . ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم

باب الإجارة

فائدتان

إحداهما : فى حدها . قال فى الرعاية ، قلت : وتحريره « بذل عوض معلوم ، فى منفعة معلومة من عين معينة ، أو موصوفة فى الذمة ، أو فى عمل معلوم » وتبعه فى الوجيز .

قال الزركشى : وليس بمانع ، لدخول الممر وعلو بيت ، والمنافع المحرمة . انتهى يعنى : إذا بيع الممر وعلو بيت . فإنهما منفعتان .

قلت : لو زيد فيه « مباحة مدة معلومة » لسلم .

الثانية : قيل : الإجارة واردة على خلاف القياس .

قال فى الفروع : والأصح لا . لأن من لم يخصص العلة لايتصور عنده مخالفة قياس صحيح . ومن خصصها : فإنما يكون الشىء خلاف القياس عنده إذا كان المعنى المقتضى للحكم موجوداً فيه ويتخلف الحكم عنه . انتهى .

قال فى القواعد الأصولية ، فى آخر القاعدة الثامنة والعشرين من الرخص : ما هو مباح ــ كالعرايا ، والمساقاة ، والمزارعة ، والإجارة ، والكتابة ، والشفعة ، وغير ذلك ، من العقود الثابتة المستقر حكمها ــ على خلاف القياس . هكذا يذكر أصحابنا وغيرهم .

وقال الشيخ تقى الدين : ليس شىء من العقود وغيرها الثابتة المستقر حكمها على خلاف القياس . وقرر ذلك بأحسن تقرير . و بينه بأحسن بيان .

تنبيه : قوله ﴿ تَنْعَقِدُ بِلَفْظِ الإِجَارَةِ وَالْكِرَاءِ وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا ﴾ .

كالتمليك ونحوه ، يعنى بقوله « ومافى معناهما » إذا أضافه إلى العين . وكذا إذا أضافه إلى النفع ، فى أصح الوجهين . قاله فى الفروع .

قال الزركشى : وتنعقد بلفظ الإجارة والكراء وما فى معناهما على الصحيح انتهى . وقيل : لاتنعقد .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن آجر عينا مرئية أو موصوفة فى الذمة ، قال « أجرتكها ، أو أكريتكها ، أو ملكتك نفعها سنة بكذا » و إن قال « أجرتك أو أكريتك نفعها » فاحتمالان . انتهى .

قوله ﴿ وَفِي لَفْظِ الْبَيْعِ وَجْهَانِ ﴾ .

بأن يقول : بعتك نفعها . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى ، والمغنى ، والمذهب الأحمد ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والفروع ، والفائق ، والزركشى ، والقواعد الفقهية ، والطوفى فى شرح الخرقى .

قال فى التلخيص . والفائق : وأما لفظ البيع : فإن أضافه إلى الدار لم يصح . و إن أضافه إلى المنفعة فوجهان . انتهيا .

أحدهما : يصح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، والشيخ تقى الدين رحمه الله فقال فى قاعدة له فى تقرير القياس — بعد إطلاق الوجهين — والتحقيق : أن المتعاقدين إن عرفا المقصود انعقدت بأى لفظ كان من الألفاظ التى عَرَفَ به المتعاقدان مقصودهما . وهذا عام فى جميع العقود . فإن الشارع لم يحدّ حدًّا لألفاظ العقود ، بل ذكرها مطلقة . انتهى .

وكذا قال ابن القيم رحمه الله فى أعلام الموقعين .

قال فى إدراك الغاية : لاتصح بلفظ البيع فى وجه . وقدمه ابن رزين فى شرحه

والوجه الثاني : لايصح . صححه في التصحيح ، والنظم .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ـ بعد ذكر الوجهين ـ بناء على أن هذه المعاوضة نوع من البيع ، أو شبيهة به .

فوائد

إحداها : قوله ﴿ أَحَدُهَا : مَعْرِفَةُ الْمَنْفَعَةِ ، إِمَّا بِالعُرْفِ ، كَسُكْنَى الدَّارِ شَهْرًا ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لكن لو استأجرها للسكنى لم يعمل فيها حدادة . ولا قصارة . ولا يُسكنها دابة . والصحيح من المذهب : أنه لايجعلها مخزنا للطعام .

قال في الفروع : هذا الأشهر . وقيل : له ذلك .

وقيل للإمام أحمد رحمه الله : يجيئه زوار ، عليه أن يخبر صاحب البيت ؟ قال : ربما كثروا ، وأرى أن يخبره .

وقال أيضاً : إذا كان يجيئه الفرد ، ليس عليه أن يخبره .

وقال الأصحاب : له إسكان ضيف وزائر .

واختار في الرعاية يجب ذكر السكنى ، وصفتها ، وعدد من يسكنها وصفتهم إن اختلفت الأجرة .

الثانية : قوله ﴿ وَخِدْمَةُ العَبْدِ سَنَةً ﴾ .

فتصح بلا نزاع . لكن تكون الخدمة عرفاً ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قلت : وهو الصواب .

وقال في النوادر ، والرعاية : يخدم ليلا ونهاراً . انتهيا .

وأما إن استأجره للعمل . فإنه يستحقه ليلا .

الثالثة :قوله ﴿ وَإِمَّا بِالْوَصْفِ ، كَحَمْلِ زُبْرَةِ حَدِيدٍ وَزْنُهَا كَذَا إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . لكن لو استأجره لحمل كتاب فحمله ، فوجد المحمول إليه غائباً فله الأجرة لذهابه ورده أيضاً . على الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم . وصححه فى النظم ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى الرعاية ـ وهو ظاهر الترغيب ـ إن وجده ميتاً : فله المسمى فقط ويرده .

وقال فى التلخيص : وإن وجده ميتاً استحق الأجرة ، ومايصنع بالكتاب ؟

وقال الشيخ أبو حكيم ـ شيخ السامرى ـ الصحيح : أنه لايلزمه رد الكتاب إلى المستأجر . لأنه أمانة . فوجب رده . انتهى .

لكن الذى يظهر : أن لفظة «لا» فى قوله «لا يلزمه» زائدة . بدليل تعليله نقل حرب : إن استأجر دابة ، أو وكيلا ليحمل له شيئا من الكوفة ، فلما وصلها لم يبعث وكيله بما أراد ، فله الأجرة من هنا إلى ثَمَّ .

قال أبو بكر : هذا جواب على أحد القولين . والقول الآخر : له الأجرة فى ذهابه ومجيئه . فإذا جاء والوقت لم يبلغه . فالأجرة له ، ويستخدمه بقية المدة .

الرابعة :قوله ﴿ وَبِنَاءِ حَائِطٍ ، يَذْكُرُ طُولَهُ وَعَرْضَهُ وَسُمْكَهُ وَآلَتَهُ ﴾

فيصح بلا نزاع .

لكن لو استأجره لحفر بئر طوله عشرة ، وعرضه عشرة ، وعمقه عشرة ، فحفر طول خمسة فى عرض خمسة فى عمق خمسة . فاضرب عشرة فى عشرة . فما بلغ فاضرب به فى عشرة تبلغ ألفا ، واضرب خمسة فى خمسة فما بلغ فاضرب به فى خمسة يبلغ مائة وخمساً وعشرين . وذلك ثمن الألف ، فله ثمن الأجرة ، إن وجب له شىء . قاله فى الرعاية . وهو واضح . وهو من التمرين .

قوله ﴿ وَإِجارَةُ أَرْضٍ مُعَيَّنَةٍ لِزَرْعِ كَذَا ، أَوْ غَرْسِ كَذَا ، أَوْ بِنَاءٍ مَعْلُومٍ ﴾ .

اشترط المصنف هنا لصحة إجارة الأرض للزرع أو الغرس أو البناء : معرفة مايزرعه ، أو يغرسه ، أو يبنيه .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والنظم ، وغيرهم .

فمفهوم كلامهم : أنه لو استأجر لزرع ماشاء أو غرس ماشاء أو لزرع وغرس ما شاء : أنه لايصح . وهو أحد الوجهين . وظاهر ماجزم به فى الفائق ، وجزم به فى الشرح .

والوجه الثانى : يصح . وهو الصحيح من المذهب . وجزم به فى التلخيص .

قال فى الفروع ، عن ذلك : صح فى الأصح . كزرع ما شئت ، أى كقوله « أجرتك لتزرع ماشئت » بلا نزاع .

ومفهوم كلامهم أيضاً : أنه لو قال «للزرع أو للغرس » وسكت : أنه لايصح وهو أحد الوجهين .

والوجه الآخر : يصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن اكترى لزرع ، وأطلق : زرع ماشاء . وجزم به ابن رزين فى شرحه ، وأطلقهما فى الفروع .

ومفهوم كلامهم : أنه لو أجره الأرض وأطلق ، وهى تصلح للزرع وغيره : أنه لا يصح . وهو أحد الوجهين أيضاً .

قال فى التلخيص : ولو أجره الأرض سنة ، ولم يذكر المنفعة من زرع أوغيره . مع تهيئها للجميع : لم يصح ، للجهالة .

والوجه الآخر : يصح . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، عن ذلك : صح فى الأصح .

قال فى الرعاية : صح فى الأقيس .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يعم إن أطلق .

وإن قال : انتفع بها بما شئت : فله زرع وغرس وبناء .

ويأتى بعض ذلك وغيره . عند قوله « وله أن يستوفى المنفعة وما دونها » .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَأْجَرَ لِلرُّكُوبِ : ذَكَرَ الْمَرْكُوبَ : فَرَسًا ، أَوْ بَعِيرًا أَوْ نَحْوِهِ ﴾ .

بلا نزاع . ويذكر أيضاً : مايركب به من سرج وغيره .

ويذكر أيضاً كيفية سيره : من هملاج وغيره . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قال فى الرعاية : ويجب ذكر سيرها فى الأصح .

وقدم فى الترغيب : أنه لا يشترط معرفة كيفية سيره .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يشترط ذكر أنوثة الدابة ، ولا ذكورتها وهو أحد الوجهين . وهو المذهب .

قدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والفائق .

والوجه الثانى : يشترط . اختاره القاضى فى الخصال ، وابن عقيل فى الفصول . واقتصر عليه فى المستوعب . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى ، والفروع .

وظاهر كلام المصنف : أنه لا يشترط ذكر نوعه . وهو الصحيح . وقدمه فى الفروع .

وفى الموجز : يشترط ذكر ذلك . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

قال فى الرعاية الصغرى : قلت : بل يجب ذكر جنسه ونوعه فى المركوب والحمل .

وجزم به القاضى فى الخصال . وتبعه فى المستوعب ، وابن عقيل فى الفصول .

وقال المصنف : متى كان الكراء إلى مكة . فالصحيح : أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع . لأن العادة أن الذى يحمل عليه فى طريق مكة الجمال العِراب دون البخاتى .

فائدة : لابد من معرفة الراكب : إما برؤية أو صفة . على الصحيح من المذهب كالمبيع . ذكره الخرقى ، وغيره . وجزم به فى المنور ، وتجريد العناية ، وصححه فى تصحيح المحرر . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، والزركشى .

وقال الشريف ، وأبو الخطاب : لا يجزىء فيه إلا الرؤية . فلا تكفى الصفة من غير رؤية . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب . وصححه فى النظم . وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الصغرى .

ويشترط معرفة توابع الراكب العرفية : كالزاد ، والأثاث ، من الأغطية ، والأوطئة : إما برؤية ، أو صفة ، أو وزن ، على الصحيح من المذهب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وتجريد العناية ، والمنور . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقيل : لابد من الرؤية . فلا تكفى الصفة . وأطلقهما فى المحرر .

وقيل : لا يشترط ذكر ذلك مطلقاً . ذكره فى الرعاية وغيرها .

وقال القاضى : لا يشترط معرفة غطاء المحمل . بل يجوز إطلاقه . لأنه لا يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويشترط معرفة المحمل برؤية أو وصف .

وقيل : أو بوزنه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِلْحَمْلِ لَمْ يَحْتَجِ إِلَى ذِكْرِهِ ﴾ .

اعلم أنه إذا استأجر للحمل ، فلايخلو : إما أن يكون المحمول تضره كثرة الحركة أولا . فإن كان لا تضره كثرة الحركة : لم يحتج إلى ذكر ماتقدم . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحتاج إلى ذكره .

وإن كان يضره كثرة الحركة ـ كالزجاج ، والخزف ، والتفاح ، ونحوه ـ اشترط معرفة حامله . على الصحيح من المذهب . قطع به ابن عقيل فى التذكرة ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يحتاج إلى ذكره . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله مايدير دولاباً ورحًى . واعتبره فى التبصرة .

فائدة : يشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة ، وذكر جنسه وقدره بالكيل ، أو بالوزن . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

واكتفى ابن عقيل ، وصاحب الترغيب ، وغيرهما بذكر وزن المحمول ، وإن لم يعرف عينه . وتقدم كلامه فى الرعاية فى المحمل .

فائدة : يشترط معرفة أرض الحرث . جزم به فى الفروع وغيره من الأصحاب .

قوله ﴿ الثَّانِى : مَعْرِفَةُ الأُجْرَةِ بِمَا يَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ الثَّمَنِ ﴾ .

هذا المذهب فى الجملة : إلا ما استثنى من الأجير ، والظئر ، ونحوهما . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى ، وغيرهم : يشترط معرفة الأجرة . فإن كانت فى الذمة : فكثمن ، والمعينة : كمبيع .

وعنه : تصح إجارة الدابة بعلفها .

وتأتى هذه الرواية . ومن اختارها بعد أحكام الظئر .

فائدتان

إحداهما : لو جعل الأجرة صُبرة دراهم أو غيرها : صحت الإجارة . على الصحيح من المذهب . صححه فى النظم وغيره . كما يصح البيع بها على الصحيح . كما تقدم .

وفيه وجه آخر : لا تصح .

وأطلقهما الزركشى . وهو كالبيع . قاله فى الفروع ، وغيره . وصحح الصحة فى البيع . فكذا هنا . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

الفائدة الثانية : قال فى التلخيص ، والرعاية : وإن استأجر فى الذمة ظهراً يركبه ، أو يحمل عليه إلى مكة بلفظ « السلم » اشترط قبض الأجرة فى المجلس ، وتأجيل السفر مدة معينة .

زاد فى الرعاية : وإن كان بلفظ « الإجارة » جاز التفرق قبل القبض ، وهل يجوز تأخيره ؟ يحتمل وجهين . انتهى .

تنبيه : تقدم فى أول باب المساقاة : هل تجوز إجارة الأرض بجنس ما يخرج منها ، أو بغيره ؟ فليعاود .

وتقدم أيضاً ، فى أثناء المضاربة : لو أخذ ماشية ليقوم عليها بجزء من درها ونسلها وصوفها ، و بعض مسائل تتعلق بذلك .

قوله ﴿ إلاّ أنّهُ يَصِحّ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الأَجِيرَ بِطَعَامِهِ وَكُسْوَتِهِ ، وَكَذٰلِكَ الظِّئْرُ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى القواعد : من الأصحاب من لم يحك فيه خلافاً .

قال الزركشى : هـذا المشهور من الروايتين . واختيار القاضى فى التعليق وجماعة .

قال الطوفى فى شرح الخرقى : هذا ظاهر المذهب .

قال فى القواعد : هذا أصح . ونصره المصنف ، والشارح ، وابن رزين وغيرهم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والتلخيص ، والنظم ، والفائق .

وعنه : لا تصح فيهما حتى يصف الطعام والكسوة .

وعنه : لا يصح فى الأجير ، و يصح فى الظئر . اختاره القاضى فى بعض كتبه .

قال الزركشى : أظنه فى المجرد .

وقدم فى التلخيص : الصحة فى الظئر . وأطلق فى الأجير : الروايتين .

قال فى الرعاية الكبرى : فإن قدر للظئر حالة الإجارة ، و إلا فلها الوسط .

فعلى المذهب : لو تنازعا فى قدر الطعام والكسوة : رجع فيهما إلى العرف ، على الصحيح من المذهب . فيكون لها طعام مثلها أو مثله ، وكسوة مثلها أو مثله ، كالزوجة مع زوجها . نص عليه . وجزم به فى التلخيص . وجزم بمثله فى المحرر فى المضارب . وقدمه فى الفروع .

وعنه : كالمسكين فى الكفارة فى الطعام والكسوة . وقدمه الطوفى فى شرحه . وزاد : أو يرجع إلى كسوة الزوجات . وأطلقهما الزركشى .

وقيل : يرجع فى الإطعام إلى إطعام المسكين فى الكفارة ، وفى الملبوس

إلى أقل ملبوس مثلها . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفائق . وجزم به فى الرعاية الكبرى .

قال الزركشى : وهو تحكم .

قال فى الرعاية الصغرى : وله الوسط مع النزاع . كإطعام الكفارة .

وهذا القول نظير ما قطع به المصنف وغيره فى نفقة المضارب مع التنازع .

قوله ﴿ وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْطِىَ عِنْدَ الفِطَامِ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً ، إذَا كَانَ المسْتَرْضِعُ مُوسِرًا ﴾ .

هـذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله: ولعل هذا فى المتبرعة بالرضاع . انتهى . وقال أبو بكر : يجب

فوائد

منها : قال فى الرعاية ، والنظم وغيرهما : لو كانت المرضعة أمة . استحب إعتاقها .

ومنها : لو استؤجرت للرضاع والحضانة معاً . فلا إشكال فى ذلك .

وإن استؤجرت للرضاع ، وأطلق ؛ فهل تلزمها الحضـانة ؟ فيه وجهان . ذكرهما القاضى ومن بعده ، وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

أحدهما : يلزمها الحضانة أيضاً . وقدمه فى الرعاية الكبرى أيضاً فى الفصل الأربعين من هذا الباب .

والوجه الثانى : لا يلزمها سوى الرضاع . قدمه ابن رزين فى شرحه .

وقيل : الحضانة تتبع الرضاع ، للعرف .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : عكسه . ذكره فى الفروع .

يعنى : أن الرضاع يتبع الحضانة للعرف فى ذلك . ولم أفهم معناه على الحقيقة .

فعلى الوجه الثـانى : ليس على المرضعة إلا وضع حلمة الثدى فى فم الطفل وحمله ، ووضعه فى حجرها . وباقى الأعمال فى تعهده : على الحاضنة ، ودخول اللبن تبعاً . كنقع البئر ، على ما يأتى .

قال ابن القيم رحمه الله ـ فى الهدى : عن هذا القول ـ الله يعلم ، والعقـلاء قاطبة : أن الأمر ليس كذلك ـ وأن وضع الطفل فى حجرها ليس مقصوداً أصلا ولا ورد عليه عقد الإجارة ، لا عرفاً ولا حقيقة ، ولا شرعاً . ولو أرضعت الطفل وهو فى حجر غيرها أو فى مهده ، لاستحقت الأجرة . ولو كان المقصود إلقام الثدى المجرد لاستؤجر له كل امرأة لها ثدى ، ولو لم يكن لها لبن . فهذا هو القياس الفاسد حقاً والفقه البارد . انتهى .

وإن استؤجرت للحضانة ، وأطلق : لم يلزمها الرضاع ، على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : لم يلزمها وجهاً واحداً .

وقيل : يلزمها . وقدمه فى الرعاية الـكبرى فى الفصل الأربعين . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية الـكبرى فى موضع .

ومنها : المعقود عليه فى الرضاع : خدمة الصبى ، وحمله ، ووضع الثدى فى فمه على الصحيح من المذهب . وأما اللبن : فيدخل تبعاً .

قال فى الرعاية : العقد وقع على المرضعة ، واللبن تبع ، يستحق إبلاغه بالرضاع . وقدمه فى الشرح .

قال فى الفصول ، الصحيح : أن العقد وقع على المنفعة . ويكون اللبن تبعاً .

قال القاضى فى الخصال : لبن المرضعة يدخل فى عقد الإجارة ، وإن كان يهلك بالانتفاع . لأنه يدخل على طريق التبع .

قلت : وكذا قال المصنف وغيره فى هذا الباب ، حيث قالوا : يشترط أن تكون الإجارة على نفع . فلا تصح إجارة حيوان ليأخذ لبنه إلا فى الظئر ونفع البئر يدخل تبعاً . وقاله فى الفروع وغيره من الأصحاب ، على أحد الاحتمالين فى كلام المصنف على ما يأتى .

وقيل : العقد وقع على اللبن .

قال القاضى : وهو الأشبه .

قال ابن رزين فى شرحه : وهو الأصح لقوله تعالى (٦٥ : ٦ فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) انتهى .

قال ابن القيم فى الهدى : والمقصود إنما هو اللبن .

وتقدم كلامه لمن قال : العقد وقع على وضعها الطفل فى حجرها وإلقامه ثديها واللبن يدخل تبعاً .

قال الناظم :

وفى الأجود المقصود بالعقد دَرها والإرضاع ، لا حضن ومبدأ مقصد

وأطلق الوجهين فى المغنى ، والفروع ، والفائق .

ومنها : لو وقعت الإجارة على الحضانة والرضاع ، وانقطع اللبن : بطل العقد فى الرضاع . وفى بطلانه فى الحضانة وجهان . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قلت : الأولى : البطلان . لأنها فى الغالب تبع . وإذا لم تلزمها الحضانة . وانقطع لبنها : ثبت الفسخ . وإن قلنا : تلزمها الحضانة ، لم يثبت الفسخ ، على الصحيح .

قال فى الرعاية : لم يثبت الفسخ فى الأصح . فيسقط من الأجرة بقسطه .

وقيل : يثبت الفسخ . وأطلقهما فى التلخيص ، والفائق .

ومنها : يجب على المرضعة أن تأكل وتشرب مايَدِر به لبنها ، ويصلح به . وللمكترى مطالبتها بذلك .

ولو سقته لبناً ، أو أطعمته : فلا أجرة لها . وإن أرضعته خادمها : فكذلك قطع به فى المغنى ، والشرح .

ومنها : لا تشترط رؤية المرتضع ، بل تكفى صفته . جزم به فى الرعايتين ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

وقيل : تشترط رؤيته . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين . وجزم به فى المذهب . وهو المذهب . على ما اصطلحناه . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : يشترط معرفة مدة الرضاع ومكانه : هل هو عند المرضعة ، أو عند أبويه ؟ قطع به المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والنظم ، وغيرهم .

ويأتى : هل تبطل الإجارة بموت المرضعة ؟ عند قوله « وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها » .

ومنها : رخص الإمام أحمد ـ رضى الله عنه ـ فى مسلمة ترضع طفلا لنصارى بأجرة ، لا لمجوسى . وقدمه فى الفروع .

وسوى أبو بكر وغيره بينهما لاستواء البيع والإجارة .

فائدة : لا يصح أن تستأجر الدابة بعلفها ، على الصحيح من المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع .

وعنه : يصح . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وجزم به القاضى فى التعليق وقدمه فى الفائق ، وقال : نص عليه فى رواية الكحال .

وقال فى القاعدة الثانية والسبعين : فى استئجار غير الظئر من الأجر بالطعام والكسوة روايتان . أصحهما : الجواز ، كالظئر . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ ثَوْبَهُ إِلَى قَصَّارٍ أَوْ خَيَّاطٍ لِيَعْمَلاَهُ وَلَهُمَا عَادَةٌ بِأُجْرَةٍ صَحَّ . وَلَهُمَا ذَلِكَ . وَإِنْ لَمْ يَعْقِدَا عَقْدَ إِجَارَةٍ . وَكَذَلِكَ دُخُولُ الْحَمَّامِ وَالرُّكُوبُ فِى سَفِينَةِ الْمَلاَّحِ ﴾ .

قال فى الفروع : وكذا لو استعمل حمالا ، أو شاهداً ونحوه .

قال فى القواعد : وكالمكارى ، والحجام ، والدلال ونحوهم .

اشترط المصنف لذلك : أن يكون له عادة بأخذ الأجرة . وهو أحد الأقوال كتعر يضه بها .

اختاره المصنف ، والشارح . وقطع به فى المحرر . وهو ظاهر ما قطع به فى التعليق ، والفصول ، والمبهج ، وقواعد ابن رجب ، والمحرر ، والنظم .

قال فى التلخيص : إذا كان مثله يعمل بأجرة .

قال فى الوجيز : وإن دخل حماما ، أو سفينة ، أو أعطى ثو به قصاراً أو خياطاً بلا عقد : صح بأجرة العادة . انتهى .

والصحيح من المذهب : أن له الأجرة مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والتلخيص ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وصرح به الناظم . وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والفائق .

وقيل : لا أجرة له مطلقاً .

وحيث قلنا : له الأجرة ، فتكون أجرة المثل . لأنه لم يعقد معه عقد إجارة .

فائدة : قال فى التلخيص : ليس على الحمامى ضمان الثياب ، إلا أن يستحفظه إياها صريحاً بالقول .

وقال أيضاً : وما يعطاه الحمامى فهو أجرة المكان والسطل والمئزر ، لا ثمن الماء . فإنه يدخل تبعاً . انتهى .

وقال فى الفروع ، فى باب القطع فى السرقة : وإن فرط فى حفظ ثياب فى حمام ، وأعدال ، وغزل فى سوق أو خان ، وما كان مشتركا فى الدخول إليه بحافظ فنام أو اشتغل : ضمن .

وقال فى الترغيب : يضمن إن استحفظه ر به صريحا ، كما قال فى التلخيص .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ إِجَارَةُ الْحُلِيِّ بِأُجْرَةٍ مِنْ جِنْسِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه في رواية عبد الله . وجزم به في الوجيز . وقدمه في المغني ، والشرح ، والنظم ، والفائق .

قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

وقال جماعة من الأصحاب : يجوز ، ويكره ، منهم : القاضي .

وقيل : لا يصح . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . اختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

وأما إذا كانت الأجرة من غير جنسه : فيصح قولاً واحداً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنْ خِطْتَ هَذَا الثَّوْبَ الْيَوْمَ فَلَكَ دِرْهَمٌ . وَإِنْ خِطْتَهُ غَدًا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ . فَهَلْ يَصِحُّ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغني ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والحاوي الصغير .

إحداهما : لا يصح . وهو المذهب .

قال في التلخيص : والصحيح المنع .

قال في النظم ، الأولى : أنه لا يصح . وصححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز . وقدمه في المحرر ، والفروع .

والرواية الثانية : يصح . وقدمه في الرعايتين .

تنبيه : قدم في الرعاية ، والحاوي الصغير : أن الخلاف وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنْ خِطْتَهُ رُومِيًّا فَلَكَ دِرْهَمٌ . وَإِنْ خِطْتَهُ فَارِسِيًّا فَلَكَ نِصْفُ دِرْهَمٍ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان : وأطلقهما فى المستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال فى الهداية ، والمذهب : فيه وجهان ، بناء على المسألة التى قبلها ، وهى « إن خطته اليوم فبكذا ، وإن خطته غداً فبكذا » .

أحدهما : لا يصح . وهو المذهب .

قال فى التلخيص : والصحيح المنع . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : يصح . قدمه فى الرعاية الكبرى .

فائدة : قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية ، والفائق ، وغيرهم : والوجهان فى قوله « إن فتحت خياطاً فبكذا ، وإن فتحت حداداً فبكذا » .

قال فى الفائق : ولو قال : ما حملت من هذه الصبرة فكل قفيز بدرهم : لم يصح . قاله القاضى . ويحتمل عكسه . ذكره الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ ثم قال : قلت : وتخرج الصحة من بيعه منها .

وفيه وجهان . ويشهد له ما سبق من النص . انتهى .

وإن قال : إن زرعتها قمحاً فبخمسة ، وإن زرعتها ذرة فبعشرة : لم يصح . قدمه فى الرعاية الكبرى . وصححه فى الصغرى ، والنظم .

وعنه : يصح . وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَاهُ دَابَّةً ، وَقَالَ : إِنْ رَدَدْتَهَا الْيَوْمَ فَكِرَاؤُهَا خَمْسَةٌ وَإِنْ رَدَدْتَهَا غَدًا فَكِرَاؤُهَا عَشَرَةٌ . فَقَالَ أَحْمَدُ ـ فى رواية عَبْدِ اللهِ ـ لَا بَأْسَ بِهِ ﴾ .

قال فى الفائق : صح فى أصح الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، والمذهب .

وقدمه فى الرعايتين ، والخلاصة ، والحاوى الصغير ، والنظم .

وقال القاضى : يصح فى اليوم الأول .

وقال المصنف ، والشارح : والظاهر عن الإمام أحمد رضى الله عنه فيما ذكرنا فساد العقد ، على بيعتين فى بيعة ، وقياس حديث علي والأنصارى صحته .

وصحح الناظم فساد العقد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَاهُ دَابَّةً عَشَرَةَ أَيَّامٍ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ ، وَمَا زَادَ فَلَهُ بِكُلِّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ ، فَقَالَ أَحْمَدُ ـ فى رواية أبى الحارث ـ هُوَ جَائِزٌ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . نصره المصنف ، والشارح . وجزم به فى الوجيز .

وقدمه فى الرعايتين ، والخلاصة ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وَقَالَ الْقَاضِى : يَصِحُّ فِى الْعَشَرَةِ وَحْدَهَا .

وتأول نصوص الإمام أحمد رحمه الله على أن قوله : لا بأس . وجائز فى الأول ، ويبطل فى الثانى .

قال المصنف : والظاهر عن الإمام أحمد رحمه الله خلاف ذلك .

قال فى الهداية : الظاهر أن قول القاضى رجع إلى ما فيه الإشكال .

قال فى المستوعب : وعندى أن حكم هذه المسألة حكم ما إذا أجره عيناً كل شهر بكذا . انتهى . وهى الآتية قريباً .

قوله ﴿ وَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّه لا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَرِىَ لِمُدَّةِ غَزَاتِه . وَإِنْ سَمَّى لِكُلِّ يَوْمٍ شَيْئًا مَعْلُومًا : فَجَائِزٌ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال فى المحرر ، والفائق وغيرهما : ويتخرج المنع . وهو رواية فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَاهُ كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ ، أَوْ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ . فَالْمَنْصُوصُ فى رواية ابن منصور : أَنَّهُ يَصِحُّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الزركشى : وهو المنصوص عن الإمام أحمد ، واختيار القاضى ، وعامة أصحابه ، والشيخين . انتهى .

قال الناظم : يجوز فى الأولى . وجزم به الخرقى ، وصاحب الوجيز . وصححه فى تصحيح المحرر . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق ، والكافى ، وشرح ابن رزين

وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا يصح . واختاره ابن عقيل .

قال فى الكافى : وقال أبو بكر ، وجماعة من أصحابنا بالبطلان . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الشارح : والقياس يقتضى عدم الصحة . لأن العقد تناول جميع الأشهر وذلك مجهول . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع .

وقيل : يصح فى العقد الأول لاغير .

قوله ﴿ وَكُلَّمَا دَخَلَ شَهْرٌ لَزِمَهُمَا حُكْمُ الإِجَارَةِ ﴾ .

هذا تفريع على الذى قدمه . وهو المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الفائق وغيرهم : يلزم الأول بالعقد ، وسائرها بالتلبس به .

تنبيه : ظاهر **قوله ﴿ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفَسْخُ عِنْدَ تَقَضِّى كُلِّ شَهْرٍ ﴾ .**

أن الفسخ يكون قبل دخول الشهر الثانى . وهو اختيار أبى الخطاب ، والمصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . وهو مقتضى كلام الخرقى ، وابن عقيل فى التذكرة ، وصاحب الفائق . وجزم به فى الوجيز . وصرح به ابن

الزاغونى . فقال : يلزم بقية الشهور إذا شرع فى أول الجزء من ذلك الشهر. انتهى

فعلى هذا : لو أراد الفسخ يقول ؛ فسخت الإجارة فى الشهر المستقبل ونحو ذلك .

والصحيح من المذهب ؛ أن الفسخ لا يكون إلا بعد فراغ الشهر . اختاره القاضى . وجزم به فى المحرر ، والنظم ؛ والمنور . وقدمه فى الفروع .

وقال المصنف أيضاً : له الفسخ بعد دخول الشهر الثانى ، وقبله أيضاً .

وقال أيضاً : ترك التلبس به فسخ . وجزم به فى المغنى ؛ والشرح ، والفائق .

وقال فى الروضه : إن لم يفسخ حتى دخل الثانى . فهل له الفسخ ؟ فيه روايتان . انتهى .

فعلى المذهب ؛ يكون الفسخ فى أول كل شهر فى الحال ، على الصحيح .

قال فى الفروع : يفسخ بعد دخول الثانى . وقدمه فى النظم .

وقال القاضى ، والمجد فى محرره ؛ له الفسخ إلى تمام يوم .

قال فى الرعاية الكبرى : إلا أن يفسخها أحدهما فى أول يوم منه .

وقيل ؛ أو يومين . وقيل : بل أول ليلة منه . وقيل : عند فراغ ما قبله .

وقلت : أو يقول : إذا مضى هذا الشهر فقد فسختها . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو أجره شهراً لم يصح ؛ على الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه فى الفروع .

قال الزركشى : قطع به القاضى ، وكثيرون .

وعنه يصح . اختاره المصنف . وابتداؤه من حين العقد .

وخرجه فى المستوعب من كل شهر بكذا . وفرق القاضى وأصحابه بينهما .

الثانية : لو قال : أجرتكها هذا الشهر بكذا ، وما زاد فبحسابه : صح فى الشهر الأول . ويحتمل أن يصح فى كل شهر تلبس به .

قال فى المغنى ، والشرح : وإن اكتراها شهراً معيناً بدرهم ، وكل شهر بعده بدرهم أو بدرهمين : صح فى الأول . وفيما بعده وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والناظم ، والرعايتين ، وشرح ابن رزين .

قلت : الأولى الصحة .

وهى شبيهة بمسألة المصنف والخرقى المتقدمة .

ثم وجدته قدمه فى الرعاية الصغيرى ، والحاوى الصغير . وقالا : نص عليه .

وقال فى الحاوى عنه : القول بعدم الصحة اختاره القاضى .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحّ الاسْتِئْجَارُ عَلَى حَمْلِ المَيْتَةِ وَالخَمْرِ ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : ويحرم على الأصح .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الشرح . وقال : هذا المذهب .

﴿ وَعَنْهُ : يَصِح ﴾ لكن يكره . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

فعلى المذهب : لا أجرة له . قاله فى التلخيص .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ أَكْلُ أُجْرَتِهِ ﴾ .

يعنى : على الرواية الثانية التى تقول : يصح الإجارة على ذلك . وهذا الصحيح ، وعليه الأصحاب .

وقال صاحب الفائق وغيره ، وقيل : فيه روايتان .

قال فى المستوعب : وهل يطيب له أكل أجرته ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يطيب ، ويتصدق به .

وقال فى التلخيص : وهل يأكل الأجرة ، أو يتصدق بها ؟ فيه وجهان .

تنبيه : مراده بحمل الميتة والخمر هنا : الحمل لأجل أكلها لغير مضطر ، أو شربها

فأما الاستئجار لأجل إلقائها أو إراقتها : فيجوز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير ، منهم المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع وغيرهم .

وإن كان كلامه في الفروع موهماً .

وقيل : لايجوز . حكاه الناظم ، فقال :

وجوز على المشهور حمل إراقة ونبذ لميتات ، وكسح الأذى الردى

وعنه : يكره . وهى مراد غير المشهور في النظم .

فوائد

إحداها : لا يكره أكل أجرته . على الصحيح من المذهب . وعنه يكره .

الثانية : لو استأجره على سلخ البهيمة بجلدها : لم يصح . جزم به في المغنى والشرح . وقدمه في النظم .

وقيل : يصح .

وصححه في التلخيص . وهو الصواب . قال الناظم :

ولو جوزوه مثل تجويز بيعه بعيراً وثُنْيا جلده لم أبعد

وأطلقهما في الرعاية .

وتقدم التنبيه على ذلك ، وعلى نظائره في أواخر المضاربة .

فعلى الأول : له أجرة المثل .

الثالثة : تجوز إجارة المسلم للذمى إذا كانت الإجارة في الذمة بلا نزاع أعلمه . ونص عليه في رواية الأثرم .

قال ابن الجوزى في المذهب : يجوز على المنصوص . وجزم به في الفروع وغيره .

وفي جواز إجارته له لعمل غير الخدمة مدة معلومة : روايتان . وأطلقهما في الفروع ، والنظم .

إحداهما : يجوز . وهو المذهب . صححه المصنف ، والشارح هنا .

قال فى المغنى فى المصراة : هذا أولى . وجزم به فى المحرر ، والوجيز . وقدمه فى الشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

والثانية : لا يجوز ، ولا يصح .

وأما إجارته لخدمته : فلا تصح . على الصحيح من المذهب . ونص عليه فى رواية الأثرم .

قال فى الفروع : ولا تجوز إجارته لخدمته ، على الأصح . وجزم به فى المذهب ، والمغنى ، والشرح .

وعنه : يجوز . وقدمه فى المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وجزم به فى المنور .

وكذا حكم إعارته . قاله فى الفروع وغيره .

فائدة : حكم إعارته حكم إجارته للخدمة . قاله فى الفروع وغيره . ويأتى ذلك فى العارية .

قوله ﴿ وَالْإِجارَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ . أَحَدُهُما : إجارَةُ عَيْنٍ . فَتَجُوزُ إجارَةُ كُلِّ عَيْنٍ يُمْكِنُ اسْتيفاءُ المَنْفَعَةِ المُباحَةِ مِنْهاَ مَعَ بَقائِهاَ ، وَحَيَوانٍ لِيَصِيدَ بِهِ إلاَّ الْكَلْبَ ﴾ .

لايجوز إجارة الكلب مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقيل : يجوز إجارة كلب يجوز اقتناؤه .

ويجىء على ما اختاره الحارثى فى جواز بيعه : صحة إجارته أيضاً .

قال فى القاعدة السابعة والثمانين : حكى الحلوانى فيه وجهين . وخرج أبو الخطاب وجهاً فى الجواز .

تنبيهاه

أحدهما : ظاهر قوله « وحيوان ليصيد » أنه إذا لم يصلح للصيد : أنه لا تجوز إجارته . وهو صحيح . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

الثاني : صحة إجارة حيوان ليصيد به مبنية على صحة بيعه ، على ما تقدم في كتاب البيع .

لكن جزم في التبصرة بصحة إجارة هِرٍّ وفهدٍ وصقرٍ معلّم للصيد ، وحكى في بيعها الخلاف . قاله في الفروع .

قلت : وكذا فعل المصنف في هذا الكتاب ، وكثير من الأصحاب . فما في اختصاص صاحب التبصرة بهذا الحكم مزية . وإنما ذكر الأصحاب ذلك بناء على الصحيح من المذهب .

فائدة : تحرم إجارة فحل للنَّزْوِ . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وعنه : لا تصح . وقيل : تصح . وهو تخريج لأبي الخطاب . بناء على إجارة الظئر للرضاع ، واحتمال لابن عقيل . ذكره الزركشي .

وكرهه الإمام أحمد رحمه الله . زاد حرب : جداً .

قيل : فالذي يعطي ولا يجد منه بداً ؟ فكرهه .

ونقل ابن القاسم : قيل له : يكون مثل الحجام . يعطي وإن كان منهياً عنه ؟ فقال : لم يبلغنا أنه عليه الصلاة والسلام أعطى في مثل هذا كما بلغنا في الحجام .

وحمله القاضي على ظاهره . وقال : هذا مقتضى النظر ، ترك في الحجام .

وحمل المصنف كلام الإمام أحمد على الورع : لا التحريم .

وقال : إن احتاج ولم يجد من يطرق له : جاز أن يبذل الكراء . وليس للمطرق أخذه .

قال الزركشي : وفيه نظر .

قال المصنف : فإن أطرق بغير إجارة ولا شرط ، فأهديت له هدية ، أو أكرم بكرامة : فلا بأس .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ولو أنزاه على فرسه فنقص : ضمن نقصه .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ كِتَابٍ لِيَقْرَأَ فِيهِ ، إلاّ الْمُصْحَفَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

فى جواز إجارة المصحف ليقرأ فيه ثلاث روايات : الكراهة ، والتحريم ، والإباحة . وأطلقهن فى الفروع .

والخلاف هنا : مبنى على الخلاف فى بيعه .

أحدها : لا يجوز . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، والمذهب وجزم به فى الوجيز وغيره .

الثانى : يجوز . قدمه فى الفائق . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : يباح .

فائدة : يصح نسخه بأجرة . نص عليه .

وتقدم فى نواقض الطهارة : هل يجوز للذمى نسخه ؟ .

فائدة : ماحرم بيعه حرم إجارته . إلا الحر والحرة ، و بصرف بصره عن النظر . نص عليه . والوقف ، وأم الولد . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ وَاسْتِئْجَارُ النَّقْدِ لِلتَحَلِّي وَالْوَزْنِ لاَ غَيْرُ ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والخلاصة ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

قال فى المحرر : يجوز إجارة النقد للوزن ونحوه .

وقال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، وغيرهم : ويجوز إجارة نقد للوزن . واقتصروا عليه .

قال فى الفروع : ومنع فى المغنى إجارة نقد ، أو شمع للتجمل ، وثوب لتغطية نعش ، وما يسرع فساده كرياحين .

قال فى الترغيب وغيره : ونفاحة للشم . بل عنبر وشبهه . وظاهر كلام جماعة : جواز ذلك . انتهى .

فظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز : أنه لا يجوز للتحلى . لاقتصارهم على الوزن . اللهم إلا أن يقال : خرج كلامهم على الغالب . لأن الغالب فى الدراهم والدنانير أن لا يتحلى بها .

وقول صاحب الفروع «للتجمل» ليس المراد التحلى به . لأن التجمل غير التحلى وأطلق فى الفروع فى إجارة النقد للتحلى والوزن الوجهين فى كتاب الوقف .

قوله ﴿ فَإِنْ أَطْلَقَ ﴾ يعنى الإجَارَة ﴿ فى النقد . وقلنا بالصحة فى التى قبلها : لَمْ يَصِحَّ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والفروع . ذكره فى كتاب الوقف .

والوجه الثانى : يصح .

(وَيَنْتَفِعُ بِهَا فِي ذَلِكَ) يعنى : فى التحلى ، والوزن . اختاره أبو الخطاب ، والمصنف . وهو الصواب . وقدمه فى الشرح . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، والقواعد . وعند القاضى يكون قرضاً أيضاً .

فعلى المذهب : يكون قرضاً . قاله الأصحاب .

فائدة : وكذا حكم المكيل ، والموزون ، والفلوس .

قاله فى القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ وَلَدِهِ لِخِدْمَتِهِ ، وَامْرَأَتِهِ لِرَضَاعِ وَلَدِهِ وَحَضَانَتِهِ ﴾ .

يجوز استئجار ولده لخدمته . قاله الأصحاب . وقطعوا به .

قلت : وفى النفس منه شىء بل الذى ينبغى : أنها لاتصح ، و يجب عليه خدمته بالمعروف .

وأما استئجار امرأته لرضاع ولده : فالصحيح من المذهب : جوازه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به الخرقى وغيره .

قال المصنف ، والشارح : هذا الصحيح من المذهب . وهو من مفردات المذهب .

وقال القاضى : لا يجوز . وتأول كلام الخرقى على أنها فى حبال زوج آخر .

قال الشيرازى فى المنتخب : إن استأجرها من هى تحته لرضاع ولده لم يجز . لأنه استحق نفعها .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله : لا أجرة لها مطلقاً .

ويأتى فى باب نفقة الأقارب بأتم من هذا ، عند قوله « وإن طلبت أجرة مثلها ، ووجد من يتبرع برضاعه فهى أحق » .

فعلى المذهب : لا فرق بين أن يكون الولد منها أو من غيرها . ولا أن تكون فى حباله أولا .

ويأتى قريب من ذلك فى آخر باب نفقة الأقارب والمماليك .

فائدة : يجوز أن يستأجر أحد والديه للخدمة لكن يكره ذلك .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ إلاَّ بِشُرُوطٍ خَمْسَةٍ . أَحَدُهَا : أَنْ يَعْقِدَ عَلَى نَفْعِ

الْعَيْنِ دُونَ أَجْزَائِهَا . فَلاَ تَصِحّ إجارة الطَّعَامِ لِلْأَكْلِ وَلاَ الشَّمْعِ لِيُشْعِلَهُ ﴾ .

لايجوز إجارة الشمع ليشعله ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ليس هذا بإجارة ، بل هو إذن فى الإتلاف ، وهو سائغ ، كقوله : من ألقى متاعه .

قال فى الفائق : وهو المختار . ثم قال : قلت : وهو مشابه لبيعه من الصبرة كل قفيز بكذا . ولو أذن فى الطعام بعوض كالشمع فمثله . انتهى .

وقال فى الفروع : وجعله شيخنا ـ يعنى إجارة الشمع ليشعله ـ مثل : كل شهر بدرهم . فمثله فى الأعيان نظير هذه المسألة فى المنافع . ومثله : كلما أعتقت عبداً من عبيدك فعلىّ ثمنه . فإنه يصح ، و إن لم يبين العدد والثمن . وهو إذن فى الانتفاع بعوض . واختار جوازه ، وأنه ليس بلازم . بل جائز ، كجعالة ، وكقوله : ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه . فإنه جائز . ومن ألقى كذا فله كذا . انتهى .

وتقدم فى أول فصل المزارعة : هل يجوز إجارة الشجرة بثمرها ؟ .

قوله ﴿ وَلاَ حَيَوَانٍ لِيَأْخُذَ لَبَنَهُ ، إلاَّ فِى الظِّئْرِ . وَنَقْعُ الْبِئْرِ يَدْخُلُ تَبَعًا ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

وأما قوله « إلا فى الظئر ونقع البئر يدخل تبعا » فتقدم فى الظئر : هل وقع العقد على اللبن ، ودخلت الحضانة تبعاً ، أو عكسه ؟ فى أول الباب .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : جواز إجارة قناة ماء مدة وماء فائض بركة رآياه ، و إجارة حيوان لأجل لبنه ، قام به هو أو ربه . فإن قام عليها المستأجر وعلفها : فكاستئجار الشجر . و إن علفها ربها و يأخذ المشترى لبنا مقدراً :

فبيع محض . وإن كان يأخذ اللبن مطلقاً : فبيع أيضاً . وليس هذا بغرر . ولأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً . فهو بالمنافع أشبه . فإلحاقه بها أولى . ولأن المستوفى بعقد الإجارة على زرع الأرض هو عين من أعيان . وهو مايحدثه الله من الحب بسقيه وعمله . وكذا مستأجر الشاة للبنها مقصوده ما يحدثه الله من لبنها بعلفها والقيام عليها . فلافرق بينهما . والآفات والموانع التى تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن. ولأن الأصل فى العقود الجواز والصحة . قال : وكظئر . انتهى .

قوله ﴿ وَنَقْعُ البِئْرِ يَدْخُلُ تَبَعاً ﴾

هذا المذهب بلا ريب . وعليه الأصحاب .

وقال فى المبهج وغيره : ماء بئر .

وقال فى الفصول : لا يستحق بالإجارة . لأنه إنما يملكه بحيازته .

وذكر صاحب المحرر وغيره : إن قلنا يملك الماء : لم يجز مجهولا ، وإلا جاز ، ويكون على أصل الإباحة .

وقال فى الانتصار ، قال أصحابنا : ولو غار ماء دار مؤجرة فلا فسخ . لعدم دخوله فى الإجارة .

وقال فى التبصرة : لايملك عينا . ولا يستحقها بإجارة إلا نقع البئر فى موضع مستأجر ، ولبن ظئر يدخلان تبعا .

تنبيه : قال ابن منجا فى شرحه : قول المصنف « يدخل تبعاً » يحتمل أنه عائد إلى نقع البئر . لأنه أفرد الضمير . ويحتمل أنه عائد إلى الظئر ونقع البئر . وبه صرح غيره . قال : إلا فى الظئر ونقع البئر . فإنهما يدخلان تبعاً . انتهى .

قلت : ممن صرح بذلك : صاحب المستوعب . فإنه قال : ولا يستحق بعقد الإجارة عين إلا فى موضعين : لبن الظئر ونقع البئر . فإنهما يدخلان تبعاً . انتهى وكذا صاحب التبصرة لعدم ضبطه . انتهى .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وقع العقد على المرضعة واللبن تبع ، يستحق إتلافه بالرضاع .

وقاله القاضى فى الخصال . وصححه ابن عقيل فى الفصول . وقدمه فى الشرح ، وشرح ابن رزين ، كما تقدم فى الظئر .

فعلى الاحتمال : تـكون الإجارة وقعت على اللبن . وعلى الثـانى : يدخل اللبن تبعا وهما قولان تقدما .

فائدة : ومما يدخل تبعاً : حبر الناسخ ، وخيوط الخياط ، وكحل الـكحال ، ومرهم الطبيب ، وصبغ الصباغ ونحوه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين . وجزم به فى الحـاوى الصغير فى الحبر ، والخيوط . وأطلق وجهين فى الصبغ .

قال فى الفروع : ومن اكترِى لنسخ أو خياطة أو كحل ونحوه : لزمه حبر وخيوط وكحل .

وقيل : يلزم ذلك المستأجر .

وقيل : يتبع فى ذلك العرف .

قال الزركشى : يجوز اشـتراط الـكحل من الطبيب على الأصح لا الدواء اعتماداً على العرف . وقطع بهذا فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ الثَّانِي : مَعْرِفَةُ العَيْنِ بِرُؤْيَةٍ أَوْ صِفَةٍ فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب .

قال المصنف والشارح : هـذا المذهب والمشهور . وصححه فى التصحيح ، والنظم ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، والخلاصة ، وغيرها . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم .

﴿ وَفِي الآخَرِ ﴾ يجوز ﴿ بِدُونِهِ ، وَلِلْمُسْتَأْجِرِ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ ﴾ .

واعلم أن الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى البيع على ما تقدم .

قوله ﴿ وَلا يَجُوزُ إجَارَةُ المشَاعِ مُفْرَدًا لِغَيْرِ شَرِيكِهِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف فى المغنى : قال أصحابنا : وَلاَ يَجُوزُ إجَارَةُ المشَاعِ لِغَيْرِ الشَّرِيكِ إلا أن يؤجر الشريكان معاً . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الفائق : ولا يصح إجارة مشـاع مفرداً لغير شريك أو معه إلا بإذن .

قال فى الرعاية : لا يصح إلا لشريكه بالباقى ، أو معه لثالث . انتهى .

وعنه : مَا يَدُلُّ عَلَى جَوَازِهِ .

اختاره أبو حفص العكبرى ، وأبو الخطاب ، وصاحب الفائق ، والحافظ ابن عبد الهادى فى حواشيه . وقدمه فى التبصرة . وهو الصواب .

وفى طريقة بعض الأصحاب . ويتخرج لنا من عدم إجارة المشاع : أن لا يصح رهنه ، وكذا هبته . ويتوجه وقفه . قال : والصحيح هنا صحة رهنه وإجارته وهبته .

قال فى الفروع : وهذا التخريج خلاف نص الإمام أحمد فى رواية سندى : يجوز بيع المشاع ورهنه ، ولا يجوز أن يؤجر . لأن الإجارة للمنافع ، ولا يقدر على الانتفاع .

فائدتان

إحداهما : هل إجارة حيوان ودار لاثنين وهما لواحد مثل إجارة المشاع ، أو يصح هنا ، وإن منعنا فى المشاع ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع . وجعلهما فى المغنى والشرح وغيرهما مثله . وجزم به فى الوجيز .

وقيل : يصح هنا ، و إن منعنا الصحة في المشاع .

الثانية : قوله ﴿ فَلَا تَجُوزُ إِجَارَةُ بَهِيمَةٍ زَمِنَةٍ لِلْحَمْلِ ، وَلَا أَرْضٍ لَا تُنْبِتُ لِلزَّرْعِ ﴾ .

قال في الموجز : ولا حمام لحمل الكتب ، لتعذيبه . وفيه احتمال يصح . ذكره في التبصرة .

قال في الفروع : وهو أولى .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : كَوْنُ الْمَنْفَعَةِ مَمْلُوكَةً لِلْمُؤْجِرِ ، أَوْ مَأْذُونًا لَهُ فِيهَا ﴾

وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ويحتمل الجواز . ويقف على إجازة المالك . بناء على جواز بيع مال الغير بغير إذنه ، على ما تقدم في تصرف الفضولي في كتاب البيع .

قوله ﴿ فَيَجُوزُ لِلْمُسْتَأْجِرِ إِجَارَةُ الْعَيْنِ لِمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ . وَيَجُوزُ لِلْمُؤْجِرِ وَغَيْرِهِ بِمِثْلِ الْأُجْرَةِ وَزِيَادَةٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الزركشي : هذا المذهب عند الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الفروع وغيره .

وعنه : لا تجوز إجارتها . ذكرها القاضي .

وعنه : لا تجوز إلا بإذنه .

وعنه : لا تجوز بزيادة إلا بإذنه .

وعنه : إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة ، و إلا فلا . فإن فعل تصدق بها . قاله في الرعاية وغيره .

فائدة : قال في التلخيص ، في أول الغصب : ليس لمستأجر الحر أن يؤجره

من آخر إذا قلنا : لا تثبت يد غيره عليه ، وإنما هو يسلم نفسه . وإن قلنا : تثبت صح . انتهى .

قلت : فعلى الأول : يعايى بها ، ويستثنى من كلام من أطلق .

تنبيهان

أحدهما : الذى ينبغى أن تقيد هذه المسألة فيما إذا أجرها لمؤجرها بما إذا لم يكن حيلة . فإن كان حيلة لم يجز قولا واحداً . ولعله مراد الأصحاب . وهى شبيهة بمسألة العينة وعكسها .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : جواز إجارتها ، بسواء كان قبضها أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب على ما اصطلحناه . وقدمه فى الفروع .

وقيل : ليس له ذلك قبل قبضها . جزم به فى الوجيز .

وقيل : تجوز إجارتها للمؤجر دون غيره . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى وصححوا فى غير المؤجر أنه لا يصح ، وأطلقهن فى المغنى ، والشرح . وقالا : أصل الوجهين : بيع الطعام قبل قبضه ، هل يصح من بائعه أم لا ؟ على ما تقدم . والمذهب عدم الجواز هناك . فكذا هنا . فيكون ما قاله فى الوجيز ، والمذهب ، وظاهر كلامه فى الفروع : عدم البناء . والصواب البناء . وهو أظهر . وليست شبيهة ببيع الطعام قبل قبضه فيما يظهر ، بل ببيع العقار قبل قبضه .

قوله ﴿ وَلِلْمُسْتَعِيرِ إِجَارَتُهَا إِذَا أَذِنَ لَهُ الْمُعِيرُ مُدَّةً بِعَيْنِهَا ﴾ .

يعنى : أذن له فى إجارتها . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال فى الرعاية الكبرى : ولا يصح إيجار معار .

وقيل : إلا أن يأذن ربه فى مدة معلومة .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ إجَارَةُ الْوَقْفِ . فَإنْ مَاتَ الْمؤَجّرُ فَانْتَقَلَ إلَى مَنْ بَعْدَهُ : لَمْ تَنفَسِخِ الإجَارَةُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والمغنى والكافى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والزركشى ، وتجريد العناية .

أحدهما : لا تنفسخ بموت المؤجر . وهو المذهب على ما اصطلحناه فى الخطبة كما لو عزل الولى ، وناظر الوقف ، وكملكه المطلق . قاله المصنف وغيره . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين .

قال القاضى فى المجرد : هذا قياس المذهب .

والوجه الثانى : تنفسخ . جزم به القاضى فى خلافه ، وأبو الحسين أيضاً . وحكياه عن أبى إسحاق بن شاقلا . واختاره ابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته والشيخ تقى الدين وغيرهم .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : هذا أصح الوجهين .

قال القاضى : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية صالح .

قال ابن رجب فى قواعده : وهو المذهب الصحيح . لأن الطبقة الثانيـة تستحق العين بمنافعها تلقيا عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قلت : وهو الصواب . وهو المذهب . قال الناظم :

ولو قيل: أن يؤجره ذو نظر من المحبس ... لم يفسخ فقط لم أبعد

وقيل : تبطل الإجارة . وهو تخريج للمصنف فى المغنى من تفريق الصفقة .

قال فى القاعدة السادسة والثلاثين : لكن الأجرة إن كانت مقسطة على

أشهر مدة الإجارة أو أعوامها ، فهى صفقات متعددة على أصح الوجهين . فلا تبطل جميعها ببطلان بعضهـا . و إن لم تكن مقسطة فهى صفقة واحدة . فيطرد فيها الخلاف المذكور . انتهى .

وقال فى الفائق ، قلت : وتخرج الصحة بعد الموت موقوفة ، لا لازمة ، وهو المختار . انتهى.

تنبيهات

أحدها : قال فى الفروع : و يتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه .

الثانى : قال العلامة ابن رجب فى قواعده : اعلم أن فى ثبوت الوجه الأول نظراً . لأن القاضى إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه ، لـكون النظر له مشروطا وهذا محل تردد . أعنى : إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له ، هل يلحق بالناظر العام ، فلا ينفسخ بموته أم لا ؟ فإن من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالناظر العام . انتهى .

الثالث : محل الخلاف المتقدم : إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصـل الاستحقاق .

فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام ، ومن شرط له ، وكان أجنبياً : لم تنفسخ الإجارة بموته . قولاً واحداً . قاله المصنف ، والشارح ، والشيخ تقى الدين ، والشيخ زين الدين بن رجب وغيرهم .

وقال ابن رجب : أما إذا شرطه للموقوف عليه ، أو أتى بلفظ يدل على ذلك ، فأفتى بعض المتأخرين بإلحاقه بالحاكم ونحوه ، وأنه لا ينفسخ . قولا واحداً . وأدخله ابن حمدان فى الخلاف .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وهو الأشبه .

الرابع : محل الخلاف أيضاً عند ابن حمدان فى رعايتيه وغيره : إذا أجره

مدة يعيش فيها غالبا . فأما إن أجره مدة لا يعيش فيها غالباً : فإنها تنفسخ قولا واحداً ، وما هو ببعيد .

فعلى الوجه الأول ، من أصل المسألة : يستحق البطن الثانى حصته من الأجرة من تركة المؤجر إن كان قبضها ، وإن لم يمكن قبضها فعلى المستأجر .

وعلى الوجه الثانى : يرجع المستأجر على ورثة المؤجر القابض .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إن كان قبضها المؤجر رجع بذلك فى تركته فإن لم تكن تركة فأفتى بعض أصحابنا بأنه إذا كان الموقوف عليه هو الناظر فمات فللبطن الثانى فسخ الإجارة ، والرجوع بالأجرة على من هو فى يده . انتهى .

وقال أيضاً : والذى يتوجه أولا : أنه لا يجوز سلف الأجرة للموقوف عليه . لأنه لا يستحق المنفعة المستقبلة ، ولا الأجرة عليها . فالتسليف لهم قبض ما لا يستحقونه ، بخلاف المالك . وعلى هذا : فللبطن الثانى أن يطالبوا بالأجرة المستأجر لأنه لم يكن له التسليف ، ولهم أن يطالبوا الناظر . انتهى .

فائدة : قال ابن رجب ـ بعد ذكر هذه المسألة ـ : وهكذا حكم المقطع إذا أجر إقطاعه ثم انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع آخر .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّرَ الْوَلِيُّ الْيَتِيمِ ، أَوْ أَجَّرَ مَالَهُ ، أَوْ السَّيِّدُ الْعَبْدَ . ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيُّ وَعَتَقَ الْعَبْدُ : لَمْ تَنْفَسِخِ الإجَارَةُ ﴾.

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . ذكروه فى باب الحجر .

ويحتمل أن ينفسخ . وهو وجه فى الصبى ، وتخريج فى العبد من الصبى .

قال فى القاعدة الرابعة والثلاثين : وعند الشيخ تنفسخ ، إلا أن يستثنيها فى العتق . فإن له استثناء منافعه بالشروط . والاستثناء الحكمى أقوى ، بخلاف الصبى إذا بلغ ورشد . فإن الولى تنقطع ولايته عنه بالكلية .

فعلى المذهب : لا يرجع العتيق على سيده بشيء من الأجرة ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : يرجع بحق ما بقى ، كما تلزمه نفقته إن لم يشترطها على مستأجره .

قال فى الفروع : ويتوجه مثله فيما إذا أجره ثم وقفه .

تنبيه : محل الخلاف فيما إذا لم يعلم بلوغه عند فراغها . فأما إن أجره مدة يعلم بلوغه فيها ، فإنها تنفسخ على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وهو احتمال فى المغنى والشرح .

وقيل : لا تنفسخ أيضا .

وقدمه فى القاعدة السادسة والثلاثين . وقال : هذا الأشهر . واختاره القاضى وأصحابه .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وظاهر ماقدمه الشارح .

قلت : ويلحق به العبد إذا علم عتقه فى المدة التى وقعت عليها الإجارة ويتصور ذلك بأن يعلق عتقه على صفة توجد فى مدة الإجارة . ولم أره للأصحاب . وهو واضح . ثم رأيته فى الرعاية الكبرى صرح بذلك .

فائدتان

إحداهما : لو وُرِث المأجور ، أو اشتُرِى أو اتُّهِب ، أو وصى له بالعين ، أو أخذ صداقاً ، أو أخذه الزوج عوضاً عن خلع ، أو صلحاً ، أو غير ذلك : فالإجارة بحالها . قطع به فى القاعدة السادسة والثلاثين .

قلت : وقد صرح به المصنف وغيره من الأصحاب ، حيث قالوا : ويجوز بيع العين المستأجرة ، ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر .

الثانية : يجوز إجارة الإقطاع كالوقف . قاله الشيخ تقى الدين ، وقال : لم يزل يؤجر من زمن الصحابة إلى الآن . قال : وما علمت أحداً من علماء

الإسلام ـ الأئمة الأربعة ولا غيرهم ـ قال : إجارة الإقطاع لا تجوز ، حتى حدث فى زماننا . فابتدع القول بعدم الجواز .

واقتصر عليه فى الفروع .

وقال ابن رجب فى القواعد : وأما إجارة إقطاع الاستغلال التى موردها منفعة الأرض دون رقبتها : فلا نقل فيها نعلمه . وكلام القاضى يشعر بالمنع ، لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد . وهذا منتف فى الإقطاع . انتهى .

فعلى ما قاله الشيخ تقى الدين : لو أجره ثم استحقت الإقطاع لآخر ، فذكر فى القواعد : أن حكمه حكم الوقف إذا انتقل إلى بطن ثان ، وأن الصحيح تنفسخ

قوله ﴿ وَيُشْتَرَطُ كَوْنُ الْمُدَّةِ مَعْلُومَةً ﴾

بلا نزاع فى الجملة .

لكن لو علقها على مايقع اسمه على شيئين ـ كالعيد ، وجمادى ، وربيع ـ فهل يصح ، ويصرف إلى الأول ، أو لايصح حتى يعين ؟ فيه وجهان .

الأول : اختيار المصنف ، وجماعة من الأصحاب .

الثاني : اختيار القاضى .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما الزركشي . وقد تقدم نظير ذلك فى السلم ، وأن الصحيح عدم الصحة .

قوله ﴿ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بَقَاءُ الْعَيْنِ فِيهاَ ، وَإِنْ طَالَتْ ﴾ .

هذا المذهب المشهور بلاريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : لا يجوز إجارتها أكثر من سنة . قاله ابن حامد ، واختاره .

وقيل : تصح ثلاث سنين لاغير .

وقيل : ثلاثين سنة . ذكره القاضى . قال فى الرعاية : نص عليه .

وقيل : لا تبلغ ثلاثين سنة .

فائدة : ليس لوكيل مطلق إيجار مدة طويلة ، بل العرف ، كسنتين ونحوهما .

قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قلت : الصواب الجواز إن رأى فى ذلك مصلحة ، وتعرف بالقرائن . والذى يظهر : أن الشيخ تقى الدين لا يمنع .

تنبيهات

الأول : قال فى الفروع ـ بعد حكاية هذه الأقوال ـ وظاهره : ولو ظن عدم العاقد ولو مدة لا يظن فناء الدنيا فيها .

وفى طريقة بعض الأصحاب فى السلم : الشرع يراعى الظاهر . ألا ترى أنه لو اشترط أجلا تفى به مدته : صح ، ولو اشترط مائتين . أو أكثر : لم يصح ؟ .

الثانى : قوله ﴿ وَلاَ يُشْتَرَطُ أَنْ يَلِيَ العَقْدَ . فَلَوْ أَجَّرَهُ سَنَةَ خَمْسٍ فِي سَنَةِ أَرْبَعٍ : صَحَّ ، سَوَاءٌ كَانَتِ العَيْنُ مَشْغُولَةً وَقْتَ العَقْدِ أَوْ لَمْ تَكُنْ ﴾ .

وسواء كانت مشغولة بإجارة أو غيرها .

ويأتى كلام ابن عقيل وغيره قريباً . وهو صحيح . لكن لو كانت مرهونة . ففيه خلاف يأتى بيانه وتصحيحه بعد ذلك .

إذا علمت ذلك ، فقال بعض الأصحاب : إذا أجره وكانت العين مشغولة صح إن ظن التسليم عند وجوبه . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الرعاية الكبرى : صح إن أمكن تسليمه فى أولها .

وقال المصنف وغيره ـ فى أثناء بحث لهم ـ تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه . ولا فرق بين كونها مشغولة أولا ، كالسلم . فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد .

وقال ابن عقيل فى الفصول ، أو الفنون : لايتصرف مالك العقار فى المنافع بإجارة ولا إعارة ، إلا بعد انقضاء المدة واستيفاء المنافع المستحقة عليه بعقد الإجارة . لأنه مالم تنقض المـدة له حق الاستيفاء . فلا تصح تصرفات المالك فى محبوس بحق . لأنه يتعذر التسليم المستحق بالعقد . انتهى .

قال فى الفروع : فمراد الأصحاب متفق . وهو أنه يجوز إجارة المؤجر ، ويعتبر التسليم وقت وجوبه . انتهى

الثالث : ظاهر كلام ابن عقيل السابق : أنه لايجوز إجارة العين إذا كانت مشغولة .

وقد قال فى الفائق : ظاهر كلام أصحابنا : عدم صحة إجارة المشغول بملك غير المستأجر . وقال شيخنا : يجوز فى أحد القولين ، وهو المختار انتهى .

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن استأجر أرضاً من جندى وغرسها قصباً . ثم انتقل الإقطاع عن الجندى ـ : إن الجندى الثانى لايلزمه حكم الإجارة الأولى ، وأنه إن شاء أن يؤجرها لمن له فيها القصب أو لغيره . انتهى .

قلت : قال شيخنا الشيخ تقى الدين البعلى : ظاهر كلام الأصحـاب صحة إجارة المشغول بملك لغير المستأجر من إطلاقهم جواز الإجارة المضافة . فإن عموم كلامهم يشمل المشغولة وقت الفراغ بغراس أو بناء أو غيرهما . انتهى .

وقال فى الفروع : لا يجوز المؤجر إجارة العين المشغولة بغراس الغير أو بنائه إلا بعد فراغ مدة صاحب الغراس والبناء .

وقال أيضاً : لا يجوز إجارة لمن يقوم مقام المؤجر كما يفعله بعض الناس .

قال : وأفتى جماعة من أصحابنا وغيرهم فى هذا الزمان أن هذا لايصح . وهو واضح . ولم أجد فى كلامهم مايخالف هذا .

قال : ومن العجب قول بعضهم « فى هذا الزمان » الذى يخطر بباله من كلام أصحابنا : أن هذه الإجارة تصح كذا قال . انتهى .

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله ، فيما حكى عنه فى الاختيارات : و يجوز للمؤجر إجارة العين المؤجرة من غير المستأجر فى مدة الإجارة . ويقوم المستأجر الثانى مقام المالك فى استيفاء الأجرة من المستأجر الأول . وغلط بعض الفقهاء فأفتى فى نحو ذلك بفساد الإجارة الثانية ، ظنا منه أن هذا كبيع المبيع ، وأنه تصرف فيما لا يملك . وليس كذلك ، بل هو تصرف فيما استحقه على المستأجر .

وأما إن كانت مرهونة وقت عقد الإجارة : ففى صحتها وجهان . وأطلقهما فى فى الفروع .

قال فى الرعاية الكبرى : و إن أجره مدة لاتلى العقد : صح إن أمكن التسليم فى أولها .

ثم قال . قلت : فإن كان ماأجره مرهونا وقت العقد لاوقت التسليم المستحق بالأجرة ، احتمل وجهين . انتهى .

قلت : إن غلب على الظن القدرة على التسليم وقت وجوبه صحت ، و إلا فلا .

وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب ، وداخل فى عموم كلامهم .

وتقدم فى الرهن أن الراهن والمرتهن إذا اتفقا على إيجار المرهون جاز . و إن اختلفا تعطل ، على الصحيح من المذهب .

[وقال فى الكافى : و إذا اتفقا على إجارته أو إعارته جاز فى قول الخرقى وأبى الخطاب .

وقال أبو بكر : يجوز إجارته .

وقال ابن أبى موسى : إذا أذن الراهن المرتهن فى إعارته أو إجارته جاز . والأجرة رهن . و إن أجره الراهن بإذن المرتهن خرج من الرهن فى أحد الوجهين . وفى الآخر : لايخرج .

تنبيه : محل هذا الخلاف إذا كان الرهن لازماً . أما إن كان غير لازم : فيصح إجارته قولا واحد .

وتقدم فى الرهن هل يدوم لزومه بإجارته أم لا ؟] .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّرَهُ فِى أَثْنَاءِ شَهْرٍ سَـنَةً اسْتَوْفَى شَهْرًا بِالْعَدَدِ وَسَائِرَهَا بِالأَهِلَّةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِى كُلِّ مَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الأَشْهُرُ ، كَعِدَّةِ الوَفَاةِ ، وَشَهْرَى صِيَامِ الْكَفَّارَه ﴾ .

وكذا النذر . وكذا مدة الخيار ، وغير ذلك . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى النذر . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والرعايتين ، وغيرهم .

وَعَنْهُ يَسْتَوْفِى الْجَمِيعِ بِالْعَدَدِ .

وعند الشيخ تقى الدين رحمه الله إلى مثل تلك الساعة .

تنبيه : قوله ﴿ اسْتَوْفَى شَهْرًا بِالْعَدَدِ ﴾ .

يعنى : ثلاثين يوما . جزم به فى الفروع . وقال : نص عليه فى نذر ، وصوم . وجزم به فى الرعاية أيضاً وغيرهما .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إنما يعتبر الشهر الأول بحسب تمامه ونقصانه فإن كان تاماً كمل تاما . و إن كان ناقصاً كمل ناقصاً .

و يأتى نظير ذلك فى باب الطلاق فى الماضى والمستقبل ، عند قوله « و إن قال إذا مضت سنة فأنت طالق ، طلقت إذا مضى اثنا عشر شهراً بالأهلة ، و يكمل الشهر الذى حلف فى أثنائه بالعدد » .

فائدة : قوله ﴿ الضَّرْبُ الثَّانِى : عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ فِى الذِّمَّةِ مَضْبُوطَةٍ بِصِفَاتٍ كَالسَّلَمِ ، كَخِيَاطَةِ ثَوْبٍ ، وَبِنَاءِ دَارٍ ، وَحَمْلٍ إِلَى مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ ﴾

هذا صحيح بلا نزاع . و يلزمه الشروع فيه عقب العقد . فلو ترك ما يلزمه ـ قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : بلاعذر ـ فتلف ضمن بسببه . وله الاستنابة . فإن مرض أوهرب اكترى من يعمل عليه . فإن شرط مباشرته له بنفسه فلا . ولا استنابة إذن .

نقل حرب ـ فيمن دفع إلى خياط ثوباً ليخيطه ، فقطعه ودفعه إلى خياط آخر ـ قال : لا . إن فعل ضمن .

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : فإن اختلف القصد ، كنسخ كتاب : لم يلزم الأجير أن يقيم مقامه . ولو أقام مقامه لم يلزم المكترى قبوله . فلو تعذر فعل الأجير بمرض أو غيره فله الفسخ .

ويأتى ذلك فى قوله « ومن استؤجر لعمل شىء فمرض » .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ وَالعَمَلِ . كَقَوْلِهِ : اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخِيطَ لِى هَذَا الثَّوْبَ فِى هَذَا الْيَوْمِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقدموه . ويحتمل أن يصح . وهو رواية ، كالجعالة على أصح الوجهين فيها .

قال فى التبصرة : وإن اشترط تعجيل العمل فى أقصى ممكن . فله شرطه . وأطلق الروايتين فى المحرر .

فعلى الصحة : لو أتمه قبل فراغ المدة فلا شىء عليه . ولو مضت المدة قبله فله الفسخ . قاله فى الفائق وغيره .

قوله ﴿ وَلاَ يَصِحُّ الإجَارَةُ عَلَى عَمَلٍ يَخْتَصُّ فَاعِلُهُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ ﴾ .

يعنى : بكونه مسلماً ، ولا يقع إلا قُرْبة لفاعله . كالحج ، أى النيابة فيه ، والعمرة ، والأذان ونحوهما . كالإقامة ، وإمامة صلاة ، وتعليم القرآن .

قال فى الرعاية : والقضاء . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال ابن منجا وغيره : هذا أصح . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : يصح كأخذه بلا شرط . نص عليه .

وقال فى الرعاية ـ قبيل صلاة المريض ـ ويكره أخذ الأجرة على الإمامة بالناس وعنه : يحرم . انتهى .

واختار ابن شاقلا الصحة فى الحج ، لأنه لا يجب على أجير ، بخلاف أذان ونحوه .

وذكر فى الوسيلة الصحة عنه ، وعن الخرقى . لـكن الإمام أحمد رحمه الله ، منع الإمامة بلا شرط أيضاً .

وقيل : يصح للحاجة . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، واختاره .

وقال : لا يصح الإستئجار على القراءة ، وإهدائها إلى الميت ، لأنه لم ينقل عن أحد من الأئمة الإذن فى ذلك .

وقد قال العلماء : إن القارىء إذا قرأ لأجل المال فلا ثواب له . فأى شىء يهدى إلى الميت ؟ وإنما يصل إلى الميت العمل الصالح . والاستئجار على مجرد التلاوة لم يقل به أحد من الأئمة ، وإنما تنازعوا فى الاستئجار على التعليم ، والمستحب : أن يأخذ الحاج عن غيره ليحج ، لا أن يحج ليأخذ . فمن أحب إبراء ذمة الميت أو رؤية المشاعر يأخذ ليحج . ومثله كل رزق أخذ على عمل صالح ، يفرق بين من يقصد الدين فقط ، والدنيا وسيلة ، وعكسه . فالأشبه : أن عكسه ليس له فى الآخرة من خلاق .

قال : وحجه عن غيره ليستفضل ما يوفى دينه : الأفضل تركه . لم يفعله السلف . ويتوجه فعله لحاجة . قاله صاحب الفروع ، ونصره بأدلة .

ونقل ابن هانىء : فيمن عليه دين ، وليس له ما يحج ، أيحج عن غيره ليقضى دينه ؟ قال : نعم .

فوائد

الأولى : تعليم الفقه والحديث ملحق بما تقدم ، على الصحيح . اختاره القاضى فى الخلاف ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المحرر ، والهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : يصح هنا ، وإن منعنا فيما تقدم . جزم به فى الوجيز ، وشرح ابن رزين . واختاره المصنف ، والشارح . وهو المذهب على المصطلح . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لا بأس بأخذ أجرة على الرقية . نص عليه . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وغيره .

الثالثة : يجوز أخذ الجعالة على ذلك كله ، على الصحيح من المذهب . وقطع به جماعة . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال المصنف : فيه وجهان . وهو ظاهر الترغيب وغيره .

وقال فى المنتخب : الجعل فى الحج كالأجرة .

الرابعة : يحرم أخذ أجرة وجعالة على ما لا يتعدى نفعه . كصوم وصلاة خلفه ونحوهما .

الخامسة : يجوز أخذ الرزق على ما يتعدى نفعه ، على الصحيح من المذهب .

وقال ابن عقيل فى التذكرة : لا يجوز أخذ الرزق على الحج ، والغزو ، والصلاة ، والصيام .

وذكر نحوه القاضى فى الخصال ، وصاحب التلخيص . وذكره فى التعليق .

ونقل صالح ، وحنبل : لا يعجبنى أن يأخذ ما يحج به ، إلا أن يتبرع . وتقدم كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله فيمن أخذ ليحج قريباً .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِيَحْجِمَه : صَحَّ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره المصنف ، والشارح ، وأبو الخطاب ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو من مفردات المذهب .

وعنه : لا يصح . اختاره القاضى ، والحلوانى .

قال الزركشى : هو قول القاضى ، وجمهور أصحابه .

قال فى التلخيص : وهو المنصوص . وقدمه فى المستوعب ، والفائق . وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ لِلْحُرِّ أَكْلُ أَجْرَتِهِ ﴾ .

يعنى : على القول بصحة الاستئجار عليه [إلا إذا أعطى من غير شرط ولا إجارة] .

وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وصححه فى المستوعب وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يحرم مطلقاً . واختار القاضى فى التعليق : أنه يحرم أكله على سيده .

فائدتان

إحداهما : يكره أخذ ما أعطاه بلا شرط ، على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع .

واختار القاضى وغيره : يطعمه رقيقه وناضحه .

وعنه : يحرم ، وجوزه الحلوانى وغيره لغير حر .

قلت : وهو الصواب .

فعلى المذهب : يحرم أكله على إحدى الروايتين .

قال القاضى : لو أعطى شيئاً من غير عقد ، ولا شرط : كان له أخذه . ويصرفه فى علف دوابه ، ومؤنة صناعته ، ولا يحل أكله .

قال الزركشى : اختار تحريم أكله القاضى وطائفة من أصحابه . وقدمه ناظم المفردات . وعنه : يكره أكله .

فعلى رواية تحريم أكله : ظاهر كلام القاضى فى التعليق وصاحب التلخيص :

تحريمه على كل الأحرار . وصرح القاضي في الروايتين : أنه لا يحرم على غير الحاجم.

الثانية : يجوز استئجاره لغير الحجامة : كالفصد ، وحلق الشعر ، وتقصيره ، والختان ، وقطع شيء من جسده للحاجة إليه . قاله الأصحاب .

قلت : لو خرج في الفصد من الحجامة لما كان بعيداً . وكذلك التشريط كالصوم .

قوله ﴿ وَلِلْمُسْتَأْجِرِ اسْتِيفَاءُ الْمَنْفَعَةِ بِنَفْسِهِ وَبِمِثْلِهِ ﴾ .

يجوز للمستأجر إعارة المأجور لمن يقوم مقامه ــ من دار ، وحانوت ، ومركوب وغير ذلك ــ بشرط أن يكون الراكب الثاني مثل الأول في الطول والقصر ، على الصحيح من المذهب . اختاره القاضي . وقدمه في الفروع .

وقيل : لا يشترط ذلك . اختاره المصنف ، والشارح .

والصحيح من المذهب : أنه لا تشترط المعرفة بالمركوب .

قال في الفروع : لا تعتبر المعرفة بالمركوب في الأصح . وقدمه في المغني ، والشرح ، ونصراه .

وقيل : تشترط . اختاره القاضي .

تنبيه : ظاهر قول المصنف « وبمثله » جواز إعارة المأجور لمن يقوم مقامه ، ولو شرط المؤجر عليه استيفاء المنفعة بنفسه . وهو الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح : قياس قول أصحابنا صحة العقد ، وبطلان الشرط . وقدمه في الفروع . وهو احتمال في الرعاية .

وقيل : يصح الشرط أيضاً . وهو احتمال المصنف . وقدمه في الرعاية الكبرى . وقيل : لا يصح العقد .

فائدتان

إحداهما : لو أعار المستأجر العين المأجورة . فتلفت عند المستعير من غير تفريط : لم يضمنها على الصحيح من المذهب .

قال فى التلخيص : ولا ضمان على المستعير من المستأجر فى الأصح . واقتصر عليه فى القواعد الفقهية . وقدمه فى الرعاية الـكبرى فى باب العارية .

قلت : فيعايى بها . وقيل : يضمنها . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لو اكتراها ليركبهـا إلى موضع معين ، أو يحمل عليها إليه . فأراد العدول إلى مثلها فى المسافة والحُزونة والأمن ، أو التى يعدل إليها أقل ضرراً : جاز على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى . وقدمه فى الفروع .

قال فى الرعاية الصغرى : جاز فى الأشهر . وجزم به فى الحاوى الصغير . وقال المصنف : لا يجوز .

وإن سلك أبعد منه أو أشق فأجرة المثل . قدمه فى الرعايتين ، والحـاوى الصغير .

وقيل : المسمى وأجرة الزائد والمشقة .

قال الشارح : وهو قياس المنصوص .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بِمَنْ هُوَ أَكْبَرُ ضَرَرًا مِنْهُ ، وَلاَ بِمَنْ يُخَالِفُ ضَرَرُهُ ضَرَرَهُ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

تنبيه : قوله ﴿ وَلَهُ أَنْ يَسْتَوْفِىَ الْمَنْفَعَةَ وَمَا دُونَهَا فِى الضَّرَرِ مِنْ جِنْسِهَا . فَإِذَا اكْتَرَى لِزَرْعِ حِنْطَة . فَلَهُ زَرْعُ الشَّعِيرِ وَنَحْوِهِ . وَلَيْسَ لَهُ زَرْعُ الدُّخْنِ وَنَحْوِهِ ، وَلاَ يَمْلِكُ الْغَرْسَ وَلاَ الْبِنَاء ﴾ .

فإن فعل لزمه أجرة المثل ، وإن اكتراها لأحدهما لم يملك الآخر ، وإن اكتراها للغرس ملك الزرع . وهذا المذهب .

وقال فى الرعاية : وإن اكتراها لغرس أو بناء لم يملك الآخر . فإن فعل فأجرة المثل . وله الزرع بالمسمى .

وقيل : لازرع له مع البناء .

فائدة : لو قال أجرتكها لتزرعها أو تغرسها : لم يصح . قطع به كثير من الأصحاب . لأنه لم يعين أحدهما . منهم المصنف ، والشارح .

وقال فى الرعاية الكبرى : و إن قال لتزرع أو تغرس ماشئت ، زرع أوغرس ماشاء .

وقيل : لايصح للتردد . انتهى .

و إن قال : لتزرعها ماشئت ، وتغرسها ماشئت صح . قطع به المصنف ، والشارح ونصراه . وقالا : له أن يزرعها كلها ، وأن يغرسها كلها .

وقال فى الرعاية الكبرى : و إن قال : لتزرع ، وتغرس ماشئت ، ولم يبين قدر كل منهما : لم يصح .

وقيل : يصح . وله ماشاء منهما . انتهى .

و إن قال : لتنتفع بها ماشئت . فله الزرع والغرس والبناء كيف شاء . قاله فى الرعاية الكبرى وغيره . واختاره الشيخ تقى الدين كما تقدم .

وتقدم إذا قال : إن زرعتها كذا فبكذا ، و إن زرعتها كذا فبكذا . عند قوله « إن خطته روميا فبكذا ، و إن خطته فارسياً فبكذا » .

وتقدم بعض أحكام الزرع ، والغرس ، والبناء فى الباب عند قوله « و إجارة أرض معينة : لزرع كذا أو غرس ، أو بناء معلوم » فليعاود . فإن عادة المصنفين ذكره هنا .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْه أُجْرَةُ الْمِثْلِ ﴾

يعنى : إذا فعل مالايجوز فعله من زرع ، و بناء ، وغرس ، وركوب ، وحمل ، ونحوه . فقطع المصنف : أن عليه أجرة المثل . يعنى للجميع . وهو اختيار أبى بكر قاله القاضى .

واختاره أيضاً ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح . وجزم به فى العمدة ، والشرح ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى الفائق .

والصحيح من المذهب : أنه يلزمه المسمى ، مع تفاوتهما فى أجرة المثل . نص عليه . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والمحرر . وهو قول الخرقى ، والقاضى ، وغيرهما .

وكلام أبى بكر فى التنبيه موافق لهذا . قاله فى القواعد .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أجرها للزرع ، فغرس أو بنى : لزمه أجرة المثل . وإن أجرها لغرس أو بناء لم يملك الآخر . فإن فعل فأجرة المثل .

وإن أجرها لزرع شعير لم يزرع دخنا . فإن فعل غرم أجرة المثل للكل .

وقيل : بل المسمى ، وأجرة المثل لزيادة ضرر الأرض .

وقيل : هو كغاصب . وكذا لو أجرها لزرع قمح فزرع ذرة ودخنا . انتهى . ذكره متفرقا .

واستثنى المصنف ـ وتبعه الشارح ، واقتصر عليه الزركشى ـ من محل الخلاف : لو اكترى لحمل حديد . فحمل قطنا ، أو عكسه : أنه يلزمه أجرة المثل بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ اكْتَرَاهَا لِحُمُولَةِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ ، أَوْ إِلَى مَوْضِعٍ ، فَجَاوَزَهُ . فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ المذْكُورَةُ ، وَأُجْرَةُ المِثْلِ لِلزَّائِدِ ﴾

ذكره الخرقى . وهو المذهب . جزم به فى المحرر ، والعمدة ، وتجريد العناية . وقطع به الأصحاب فى الثانية .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال أبو بكر : عليه أجرة المثل للجميع . جزم به فى الوجيز .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن أبا بكر قاله فى المسألتين ، أعنى : إذا اكتراها لحمولة شىء فزاد عليه ، أو إلى موضع فجاوزه .

والذى نقله القاضى عن أبى بكر، ونقله الأصحاب ـ منهم: المصنف فى المغنى، والشارح، وصاحب الفروع، وغيرهم ـ إنما هو فى مسألة من اكترى لحمولة شىء فزاد عليه فقط.

فلذلك قال الزركشى: ولا عبرة بما أوهمه كلام أبى محمد فى المقنع من وجوب أجرة المثل على قول أبى بكر فيما إذا اكترى لموضع فجاوزه، ولا ما اقتضاه كلام ابن حمدان من وجوب ما بين القيمتين على قول، وأجرة المثل على قول آخر. فإن القاضى قال: لا يختلف أصحابنا فى ذلك. وقد نص عليه الإمام أحمد. انتهى.

والذى يظهر: أن المصنف تابع أبا الخطاب فى الهداية. فإنه ذكر كلام أبى بكر بعد المسألتين، إلا أن كلامه فى الهداية أوضح. فإنه ذكر مسألة أبى بكر أخيراً. والمصنف ذكرها أولا. فحصل الإبهام.

وقال المصنف فى المغنى، والشارح: وحكى القاضى أن قول أبى بكر فى مسألة من اكترى لحمولة شىء فزاد عليه: وجوب أجر المثل فى الجميع، وأخذه من قوله ـ فيمن استأجر أرضاً ليزرعها شعيراً فزرعها حنطة ـ فقال «عليه أجرة المثل للجميع؛ لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره. فأشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع أخرى»

قالا: فجمع القاضى بين مسألة الخرقى ومسألة أبى بكر.

وقالا: ينقل قول كل واحد من إحدى المسألتين إلى الأخرى، لتساويهما فى أن الزيادة لا تتميز. فيكون فى المسألة وجهان.

قالا: وليس الأمر كذلك. فإن بين المسألتين فرقاً ظاهراً. وذكراه. انتهيا

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَ قِيمَتَهَا ﴾.

قال المصنف: ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت به، سواء تلفت فى الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكترى أو لم يكن.

وقطع به فى المستوعب، والحاوى، والشرح وغيرهم.

قال فى الفروع : ويلزمه قيمة الدابة إن تلفت .

قال الزركشى : لما قال الخرقى : وإن تلفت فعليه أيضاً ضمانها ، يعنى : إذا تلفت فى مدة المجاوزة .

قال فى الوجيز : وإن تلفت ضمن قيمتها بعد تجاوز المسافة .

قال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم : وإن تلفت فى حال زيادة الطريق ، فعليه كمال قيمتها .

وقال القاضى : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت : فلا ضمان على المكترى .

وقال المصنف أيضاً : إذا تلفت فى حال التعدى ، ولم يكن صاحبها مع راكبها ؛ فلاخلاف فى ضمانها بكمال قيمتها . وكذا إذا تلفت تحت الراكب ، أو تحت حمله وصاحبها معها .

فأما إن تلفت فى يد صاحبها ، بعد نزول الراكب عنها . فإن كان بسبب تعبها بالحمل والسير : فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب . وإن تلفت بسبب آخر . فلاضمان فيها ، وقطع به فى الفروع وغيره .

قال فى القاعدة الثامنة والعشرين : ضمنها بكمال القيمة . ونص عليه فى الزيادة على المدة .

وخرج الأصحاب وجهاً بضمان النصف من مسألة الحد .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ تَكُونَ فِى يَدِ صَاحِبِهَا . فَيَضْمَنُ نِصْفَ قِيمَتِهَا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما احتمالان مطلقان فى الهداية . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، ومسبوك الذهب .

أحدهما : يضمن قيمتها كلها . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى ،

والقاضي في التعليق ، والشريف ، وأبي الخطاب في خلافيهما ، والشيرازي ، وابن البنا ، والمجد .

وقال أبو المعالي في النهاية : هذا المذهب . وجزم به في الوجيز ، والمجرد للقاضي . وقدمه في الخلاصة ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح .

والوجه الثاني : يضمن نصف قيمتها فقط .

وقال في التلخيص : إن تلفت بفعل الله : لم يضمن . وإن تلفت بالحمل : ففي تكميل الضمان وتنصيفه وجهان .

واختار في الرعاية : أنه إن زاد في الحمل : ضمن نصفها مطلقاً . وإن زاد في المسافة : ضمن الكل إن تلفت حال الزيادة ، وإلا هدر .

وعن القاضي في الشرح الصغير : لا ضمان عليه ألبتة .

وقال القاضي أيضاً : إن كان المكترى نزل عنها ، وسلمها لصاحبها ليمسكها أو يسقيها . فتلفت : لم يضمن . وإن هلكت ، والمكترى راكبها ، أو حمله عليها : ضمنها .

ووافقه في المغني ، والفروع على ذلك ، إلا أنهما استثنيا ما إذا تلفت في يد مالكها بسبب تعبها من الحمل والسير كما تقدم .

قال في التصحيح : يضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين . وفي الآخر : يضمن جميع قيمتها . وهو الصحيح إذا تلفت بسبب تعبها بالحمل والسير .

ويأتي نظير ذلك إذا زاد سوطا على الحد ، ومسائل أخرى هناك . فليراجع في أوائل كتاب الحدود .

تنبيه : دخل في قوله ﴿ إِذَا اكْتَرَاهَا لِحُمُولَةِ شَيْءٍ فَزَادَ عَلَيْهِ ﴾ .

لو اكتراها ليركبها وحده فركبها معه آخر . فتلفت . وصرح به في القواعد .

قوله ﴿ وَيَلْزَمُ الْمُؤْجِرَ كُلَّ مَا يَتَمَكَّنُ بِهِ مِنَ النَّفْعِ ، كَزِمَامِ الْجَمَلِ

وَرَحْلِهِ وَحِزَامِهِ ، وَالشَّدّ عَلَيْهِ ، وَشَدِّ الْأَحْمَالِ وَالمحَامِلِ وَالرَّفْعِ وَالْحَطِّ ﴾

وكذلك كل مايتوقف النفع عليه . كتوطئة مركوب عادة ، والقائد والسائق وهذا كله بلا نزاع فى الجملة .

ولايلزم المؤجر المحمل والمظلة والوطاء فوق الرحل وحبل قران بين المحملين.

قال فى الترغيب : وعدل لقماش على مُكرٍى إن كانت فى الذمة .

وقال المصنف ، والشارح : إنما يلزم المكرى ماتقدم ذكره إذا كان الكراء على أن يذهب معه المكترى . فأما إن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه : فيكل ذلك عليه . انتهيا .

قلت : الأولى أن يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة . ولعله مرادهم .

فائدة : أجرة الدليل على المكترى ، على الصحيح . قدمه فى المغنى والشرح . وهو ظاهر ما قدمه فى الفروع .

وقيل : إن كان اكترى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكتري ، وإن كانت الإجارة على حمله إلى مكان معين فى الذمة . فهى على المكرى ، وجزم به فى عيون المسائل . لأنه التزم أن يوصله .

وجزم به فى الرعاية الكبرى أيضاً .

قلت : ينبغى [أيضاً] أن يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ وَلُزُومُ البَعِيرِ لِيَنْزِلَ لِصَلَاةِ الفَرْضِ ﴾ .

أنه لا يلزمه ذلك لينزل لسنة راتبة . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال جماعة من الأصحاب : يلزمه أيضاً .

فوائد

الأولى : يلزم المؤجر أيضاً : لزوم البعير إذا عرضت للمستأجر حاجة

لنزوله وتبريك البعير للشيخ الضعيف ، والمرأة والسمين ، وشبههم لركوبهم ونزولهم و يلزمه ذلك أيضاً لمرض طارئ . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين .

وقيل : لا يلزمه . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لا يلزم الراكب الضعيف والمرأة المشى المعتاد عند قرب المنزل .

وهل يلزم غيرهما ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

أحدهما : لا يلزمه . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وهو الصواب . لكن المروءة تقتضى فعل ذلك .

والثانى : يلزمه .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن جرت العادة بالنزول فيه ، والمشي : لزم الراكب القوى فى الأقيس .

قلت : ويتوجه أن يرجع فى ذلك إلى العرف .

الثالثة : لو اكترى جملا ليحج عليه . فله الركوب إلى مكة ومن مكة إلى عرفة ، والخروج عليه إلى منى ليالى منى لرمى الجمار . قاله المصنف ، والشارح ، وقدماه . وقالا الأولى : أن له ذلك . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وقيل : ليس له الركوب إلى منى . لأنه بعد التحلل من الحج . وأطلقها فى الرعاية .

وأما إن اكترى إلى مكة فقط . فليس له الركوب إلى الحج على الصحيح من المذهب . لأنها زيادة . على الصحيح من المذهب ، لما قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

وتقدم فى أول الباب : اشتراط ذكر المركوب ، والراكب ، والمحمول ، وأحكام ذلك . فليراجع .

الرابعة : قوله ﴿ فَأَمَّا تَفْرِيغُ البَالُوعَةِ والكَنِيفِ : فَيَلْزَمُ المسْتَأْجِرَ إذَا تَسَلَّمَهَا فَارِغَةً ﴾ بلا نزاع .

قلت : يتوجه أن يرجع فى ذلك إلى العرف .

وكذا تفريغ الدار من القمامة والزبل ونحوهما . ويلزم المكرى تسليمها منظفة ، وتسليم المفتاح . وهو أمانة مع المستأجر .

وعلى المستأجر : البكرة ، والحبل ، والدلو .

قوله ﴿ وَالإِجَارَةُ عَقْدٌ لاَزِمٌ مِنَ الطَّرَفَيْنِ . لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا ، وَإِنْ بَدَا لَهُ قَبْلَ تَقَضِّى المُدَّةِ ، فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ ﴾ .

الإجارة عقد لازم يقتضى تمليك المؤجر الأجرة ، والمستأجر المنافع . فإذا فسخها المستأجر قبل انقضاء المدة لم تنفسخ . ولا يجوز للمؤجر التصرف فيها فى حال كون يد المستأجر عليها .

فإن تصرف فيها قبل انقضاء المدة ، مثل أن يسكن المالك الدار ، أو يؤجرها لغيره : لم تنفسخ الإجارة . على الصحيح من المذهب . وعلى المستأجر جميع الأجرة وله على المالك أجرة المثل لما سكن أو تصرف فيه .

قلت : وهو الصواب . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

فعلى هذا : إن كانت أجرة المثل الواجبة على المالك بقدر الأجرة المسماة فى العقد : لم يجب على المستأجر شيء . وإن فضلت منه فضلة لزمت المالك للمستأجر ويحتمل أن ينفسخ العقد فيما استوفاه المالك ، وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح ، والزركشى .

وأما إذا تصرف المالك قبل تسليمها ، أو امتنع منه حتى انقضت المدة : فإن الإجارة تنفسخ وجهاً واحداً . قاله المصنف ، والشارح .

وإن سلمها إليه فى أثناء المدة انفسخت فيما مضى . وتجب أجرة الباقى بالحصة .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن أبى المؤجر تسليم ماأجره ، أو امتنع مستأجر الانتفاع به كل المدة . فله الفسخ مجاناً .

وقيل : بل يبطل العقد مجاناً .

وقيل : إن كانت المدة معينة بطل ، وإلا فله الفسخ مجاناً .

قوله ﴿ وَإِنْ حَوَّلَهُ المَالِكُ قَبْلَ تَقَضِّيهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أُجْرَةٌ لِمَا سَكَنَ نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب المنصوص عن الإمام أحمد ، وعليه الأصحاب . قاله الزركشي وغيره . وهو من المفردات .

ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه . واختاره في الفائق .

ويأتي إذا غصبها مالكها عند قوله « إذا غصبت العين » .

فائدة : وكذا الحكم لو امتنع الأجير من تكميل العمل . قاله في التلخيص وغيره .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : والحكم فيمن اكترى دابة فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة ، أو أجره نفسه أو عبده للخدمة مدة ، وامتنع من إتمامها ، أو أجره نفسه لبناء حائط ، أو خياطة ثوب ، أو حفر بئر . أو حمل شيء إلى مكان ، وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه : كالحكم في العقار يمنع من تسليمه . انتهيا .

قال في الرعاية : وكذا الخلاف والتفصيل إن أبى الأجير الخاص العمل أو بعضه ، كالمدة أو بعضها ، أو أبى مستأجر العبد والبهيمة والجمال الانتفاع بهم كذلك ، ولا مانع من الأجير والمؤجر . انتهى .

وقال في القاعدة الخامسة والأربعين : إذا استأجره لحفظ شيء مدة . فحفظه في بعضها ثم ترك : فهل تبطل الإجارة ؟ فيه وجهان .

قال ابن المنى : أصحهما لاتبطل . بل يزول الاستئمان . ويصير ضامناً .

وفي مسائل ابن منصور عن الإمام أحمد : إذا استأجر أجيراً شهراً معلوماً . فجاء إليه في نصف ذلك الشهر : أن للمستأجر الخيار .

والوجه الثانى : يبطل العقد . فلا يستحق شيئاً من الأجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة : أنه لا يستحق أجرة . بذلك أفتى ابن عقيل فى فنونه . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ هرَبَ الأَجِيرُ حَتَّى انْقَضَتِ المدَّةُ : انفَسَخَتِ الإِجَارَةُ . وَإِنْ كَانَ عَلَى عمَلٍ : خُيِّرَ المسْتَأْجِرُ بَيْنَ الفَسْخِ وَالصَّبْرِ ﴾ .

إذا هرب الأجير ، أو شردت الدابة ، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها ، أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب : لم تنفسخ الإجارة . ويثبت له خيار الفسخ .

فإن فسخ فلا كلام . وإن لم يفسخ ، وكانت الإجارة على مدة : انفسخت بمضيها يوماً فيوماً . فإن عادت العين فى أثنائها استوفى ما بقى ، وإن انقضت انفسخت .

وإن كانت على موصوف فى الذمة . كخياطة ثوب ونحوه ، أو حمل إلى موضع معين : استؤجر من ماله من يعمله . فإن تعذر فله الفسخ . فإن لم يفسخ فله مطالبته بالعمل .

وإن هرب قبل إكمال عمله ملك المستأجر الفسخ والصبر ، كمرضه . قدمه فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

وقيل : يكترى عليه من يقوم به . فإن تعذر فله فسخها .

وإن فرغت مدته فى هربه فله الفسخ . قدمه فى الفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : تنفسخ هى . وهو الذى قطع به المصنف هنا .

قوله ﴿ وَإِنْ هَرَبَ الْجَمَّالُ أَوْ مَاتَ وَتَرَكَ الجمَالَ أَنْفَقَ عَلَيْهَا الْحَاكِمُ مِنْ مَالِ الجمَّالِ ، أَوْ أَذِنَ لِلْمُسْتَأْجِرِ فِى النَّفَقَةِ . فَإِذَا انْقَضَتِ الإِجَارَة بَاعَهَا الحَاكِمُ وَوَفَّى المنْفِقَ وَحَفِظَ بَاقِيَ ثَمَنِهَا لِصَاحِبِهِ ﴾ .

إذا أنفق المستأجر على الجمال ـ والحالة ماتقدم ـ بإذن حاكم : رجع بما أنفقه بلا نزاع . وإن لم يستأذنه ونوى الرجوع . ففيه الروايتان اللتان فيمن قضى ديناً عن غيره بغير إذنه ، على ماتقدم فى باب الضمان . والصحيح منهما : أنه يرجع .

قال فى القواعد : ومقتضى طريقة القاضى : أنه يرجع رواية واحدة .

ثم إن الأكثرين اعتبروا الإشهاد على نية الرجوع .

وفى المغنى وغيره : وجه أنه لايعتبر .

قال فى القواعد : وهو الصحيح . انتهى .

وحكم موت الجمال حكم هربه ، على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف

وقال أبو بكر : مذهب الإمام أحمد : أن الموت لا يفسخ الإجارة . وله أن يركبها ، ولا يسرف فى علفها ولا يقصر . ويرجع بذلك .

قوله ﴿ وَتَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِتَلَفِ الْعَيْنِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا ﴾ .

سواء تلفت ابتداء أو فى أثناء المدة . فإذا تلفت فى ابتداء المدة انفسخت . وإن تلفت فى أثنائها انفسخت أيضاً فيما بقى فقط ، على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : تنفسخ أيضاً فيما مضى . ويقسط المسمى على قيمة المنفعة . فيلزمه بحصته .

نقل الأثرم فيمن اكترى بعيراً بعينه فمات ، أو انهدمت الدار : فهو عذر . يعطيه بحساب ماركب .

وقيل : يلزمه بحصته من المسمى .

وقيل : لا فسخ بهدم دار . فيخير .

ويأتى حكم الدار إذا انهدمت فى كلام المصنف بعد هذا . وكلامه هنا أعم .

وعنه : لاتنفسخ بموت المرضعة . ويجب فى مالها أجرة من يرضعه . اختاره أبو بكر .

وأما موت المرتضع فتنفسخ به الإجارة قولاً واحداً . كما جزم به المصنف هنا .

قوله ﴿ وَتَنْفَسِخُ الإِجَارَةُ بِمَوْتِ الرَّاكِبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ ﴾ .

هذا إحدى الروايتين . اختاره المصنف ، والشارح . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا ، والوجيز .

والصحيح من المذهب : أن الإجارة لاتنفسخ بموت الراكب مطلقاً . قدمه فى الفروع .

قال فى المحرر وغيره : لاتنفسخ بالموت .

قال الزركشى هذا : المنصوص . وعليه الأصحاب ، إلا أبا محمد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَكْرَى دَارًا فَانْهَدَمَتْ : انْفَسَخَتْ الإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح . وجزم به ابن أبى موسى ، والشيرازى ، وابن البناء ، وصاحب الوجيز ، وغيرهم . وهو ظاهر كلام الخرقى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثانى . لا تنفسخ . ويثبت للمستأجر خيار الفسخ . وهو رواية عن الإمام أحمد . اختاره القاضى .

قال فى التلخيص : لم تنفسخ . على أصح الوجهين .

وقيل : تنفسخ فيما بقى وفيما مضى . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ أَوْ أَرْضًا لِلزَّرْعِ ، فَانْقَطَعَ مَاؤُهَا : انْفَسَخَتْ الإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . صححه فى المغنى ، والشارح ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز وقدمه فى الفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لاتنفسخ . وللمستأجر خيار الفسخ . اختاره القاضى . وجزم به فى التلخيص فى موضع .

وقال فى موضع آخر : لم تنفسخ على أصح الوجهين . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

فائدة : لو أجر أرضاً بلا ماء : صح . فإن أجرها وأطلق . فاختار المصنف الصحة ، إذا كان المستأجر عالماً بحالها وعدم مائها . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : لا يصح . وجزم به ابن رزين فى شرحه ، وأطلقهما فى الفروع .

و إن ظن المستأجر إمكان تحصيل الماء ، وأطلق الإجارة : لم تصح . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع وغيرهم .

و إن ظن وجوده بالأمطار ، أو زيادة الأنهار : صح . على الصحيح من المذهب ، كالعلم . جزم به فى المغنى ، والتلخيص ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع . وفى الترغيب ، والرعاية وجهان .

ومتى زرع فغرق ؛ أو تلف ، أو لم ينبت : فلا خيار له . وتلزمه الأجرة . نص عليه .

و إن تعذر زرعها لغرقها فله الخيار .

وكذا له الخيار لقلة ماء قبل زرعها أو بعده ، أو عابت بغرق يعيب به بعض الزرع .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أو بَرْد ، أو فأر ، أو عذر .

قال : فإن أمضى العقد فله الأرش ، كعيب الأعيان . و إن فسخ . فعليه القسط قبل القبض ، ثم أجرة المثل إلى كماله .

قال : ومالم يرو من الأرض فلا أجرة له اتفاقا ، و إن قال فى الإجارة : مقيلا ومراحًى ، أو أطلق . لأنه لا يرد على عقد ، كأرض البرية .

قوله ﴿ وَلاَ تَنْفَسِخُ ﴾ أَىْ الإِجَارَةُ ﴿ بِمَوْتِ المُكْرِى ، وَلاَ المُكْتَرِى ﴾

هذا المذهب مطلقاً فى الجملة . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . منهم صاحب الوجيز . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : هذا المذهب المنصوص . وعليه الأصحاب .

وتقدم رواية ـ اختارها جماعة ـ أنها تنفسخ بموت الراكب .

وتقدم رواية : لاتنفسخ الإجارة بموت المرضعة .

تنبيه : قال ابن منجا فى شرحه : فإن قيل : كيف الجمع بين قول المصنف « تنفسخ بموت الراكب » و بين قوله بعد « لا تنفسخ بموت المكرى ولا المكترى » ؟ قيل : يجب حمل قوله « لاتنفسخ بموت المكترى » على أنه مات وله وارث . وهناك صرح بأنها تنفسخ إذا لم يكن له من يقوم مقامه .

قلت : و يحتمل أنه قال هذا متابعة للأصحاب . وقال ذلك لأجل اختياره .

قوله ﴿ وَإِنْ غُصِبَتِ العَيْنُ : خُيِّرَ المُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الفَسْخِ وَمُطَالَبَةِ الغَاصِبِ بِأُجْرَةِ المِثْلِ . فَإِنْ فَسَخَ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ مَامَضَى ﴾ .

إذا غصبت العين فلا تخلو : إما أن تكون إجارتها لعمل أو لمدة . فإن كانت لعمل ، فلا تخلو : إما أن تكون الإجارة على عين موصوفة فى الذمة ، أو تكون على عين معينة .

فإن كانت على عين موصوفة فى الذمة وغصبت : لزمه بدلها . فإن تعذر كان له الفسخ .

و إن كانت على عين معينة . خير بين الفسخ والصبر إلى أن يقدر على العين المغصو بة فيستوفى منها .

وإن كانت إلى مدة : فهو مخير بين الفسخ والإمضاء وأخذ أجرة مثلها من غاصبها إن ضمنت منافع الغصب . وإن لم تضمن انفسخ العقد .

وقال فى الانتصار : تنفسخ تلك المدة . والأجرة للمؤجر لاستيفاء المنفعة على ملكه . وأن مثله وطء مزوجة . ويكون الفسخ متراخياً .

فإذا لم يفسخ حتى انقضت مدة الإجارة كان له الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى ، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل .

فإن ردت العين فى أثناء المدة ولم يكن فسخ : استوفى ما بقى منها . ويكون فيما مضى من المدة مخيراً ، كما ذكرنا . قاله فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

فائدتان

إحداهما : لو كان الغاصب هو المؤجر : لم يكن له أجرة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

وقيل : حكمه حكم الغاصب الأجنبى . وهو تخريج فى المحرر وغيره .

وقال الزركشى : لو أتلف المستأجر العين ثبت ما تقدم من الفسخ ، أو الانفساخ ، مع تضمين المستأجر ما أتلف .

ومثله : جَبُّ المرأة زوجها ، تضمن ولها الفسخ . انتهى .

قلت : يحتمل أن لافسخ لها .

وتقدم قريباً إذا حوله المالك قبل تقضى المدة .

وهذه المسألة من بعض صور تلك .

الثانية : لو حدث خوف عام يمنع من سكنى المكان الذى فيه العين المستأجرة ، أو حصر البلد ، فامتنع خروج المستأجر إلى الأرض : ثبت له خيار الفسخ

قال الخرقى : وإذا جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ماوقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه .

فكلامه أعم من كلام المصنف هنا . لأنه شمل الغصب وغيره . فلذلك استشهد به المصنف .

فإن كان الخوف خاصاً بالمستأجر ، كمن خاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المأجور ، أو حلولهم فى طريقه : لم يملك الفسخ . وكذا الحكم لو حبس أو مرض .

قوله ﴿ وَمَنِ اسْتُؤْجِرَ لِعَمَلِ شَىْءٍ ، فَمَرِضَ : أُقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ وَالأُجْرَةُ عَلَى المَرِيضِ ﴾ .

مراده : إذا استأجره لعمل فى الذمة ، كخياطة و بناء ونحوهما . ومراده : إذا لم يشترط عليه مباشرته . فإن شرط عليه مباشرته . لم يقم غيره مقامه .

وكذا لو كانت الإجارة على عينه فى مدة أو غيرها فمرض : لم يقم غيره مقامه . لأن الإجارة وقعت على عمله بعينه . لا على شىء فى ذمته .

وقال المصنف ، والشارح : لو كان العمل فى الذمة واختلف القصد — كاستئجاره لنسخ كتاب — لم يكلف الأجير إقامة غيره مقامه . ولا يلزم المستأجر قبول ذلك إن بذله الأجير . لأن الغرض يختلف .

فإن تعذر عمل الأجير فللمستأجر الفسخ .

وتقدم التنبيه على ذلك أيضاً عند قوله «الضرب الثانى عقد على منفعة فى الذمة »

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ مَعِيبَةً ، أَوْ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ فَلَهُ الفَسْخُ ﴾ .

مراده ومراد غيره : إن لم يزل العيب بلا ضرر يلحقه . فإن زال سريعاً بلا ضرر فلا فسخ .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه ليس له إلا الفسخ أو الإمضاء مجاناً . وهو صحيح . وهو المذهب . أطلقه الأصحاب . وصرح به ابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهما .

وقيل : يملك الإمساك مع الأرش . وهو تخريج للمصنف .

وقال فى المحرر ـ وتبعه فى الفروع ، وغيره ـ وقياس المذهب : له الفسخ أو الإمساك مع الأرش . وجزم به فى المنور .

قال ناظم المفردات ـ بعد ذكر مسألة عيب المبيع : وأنه بالخيرة .

كذاك مأجور ، قياس المذهب قد قاله الشيخان ، فافهم مطلبي

فهذا من المفردات أيضاً .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : إن لم نقل بالأرش . فورود ضعفه على أصل الإمام أحمد رحمه الله بين . وتقدم التنبيه على هذا فى الخيار فى العيب ، بعد قوله « ومن اشترى معيباً لم يعلم عيبه » .

فوائد

إحداها : العيب هنا : مايظهر به تفاوت الأجرة .

الثانية : لو لم يعلم بالعيب حتى فرغت المدة لزمه الأجرة كاملة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وخرج المصنف لزوم الأرش .

قلت : وهو الصواب . لا سيما إذا كان دلسه .

الثالثة : قال فى الترغيب : لو احتاجت الدار تجـديداً . فإن جدد المؤجر وإلا كان للمستأجر الفسخ . ولو عمر فيها المستأجر بدون إذنه لم يرجع به . نص عليه فى غَلَق الدار إذا عمله الساكن . ويحتمل الرجوع بناء على مثله فى الرهن .

قلت : بل أولى . وحكى فى التلخيص : أن المؤجر يجبر على الترميم بإصلاح مكسر ، وإقامة مائل .

قلت : وهو الصواب .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : المستأجر مطالبة المؤجر بالعمارة التى يحتاج إليها المكان المأجور . فإن كان وقفاً فالعمارة واجبة من وجهين ، من جهة أهل الوقف ، ومن جهة حق المستأجر . انتهى .

وليس له إجباره على التجديد . على الصحيح من المذهب . وقيل : بلى .

الرابعة : لو شرط عليه مدة تعطيلها أو أن يأخذ بقدر مدة التعطيل بعد المدة ، أو شرط عليه العمارة ، أو جعلها أجرة : لم يصح . ومتى أنفق بإذن على الشرط أو بناء رجع بما قال المؤجر . ذكره المصنف ، والشارح ، وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

وذكر فى الترغيب وغيره : فى الإذن يرجع بما قال المستأجر ، كما لو أذن له حاكم فى نفقته على جمال هرب مؤجرها .

قلت : وهو الصواب . لأنه كالوكيل .

قوله ﴿ وَيَجُوزُ بَيْعُ العَيْنِ المُسْتَأْجَرَةِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية جعفر بن محمد . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى . والخلاصة ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لايصح بيعها . قال فى الرعاية : وخرج منع البيع .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وظاهر كلامه فى رواية الميمونى : أنه إذا باع العين المؤجرة ، ولم يبين أنهـا مستأجرة : أن البيع لا يصح . ووجهه : أنه باع ملكه وملك غيره . فهى مسألة تفريق الصفقة .

فعلى المذهب : إذا لم يعلم المشترى بذلك ، ثم علم : فله الفسخ أو الإمضاء مجانا . على الصحيح . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : له الفسخ أو الإمضاء مع الأرش .

قال الإمام أحمد رحمه الله : هو عيب .

قلت : وهو الصواب . وجزم به فى الفائق .

وقال : قلت : فلو كانت الأرض مشغولة ببناء غيره أو زرعه وغراسه ، فقال شيخنا : يصح العقد حالا . وهو المختار . انتهى .

فائدتان

إحداهما : مثل ذلك فى الحكم لو كانت مرهونة . وتقدم ذلك فى بابه .

الثانية : لو باع الدار التى تستحق المعتدة للوفاة سكناها ، وهى حامل . فقال المصنف : لايصح بيعها . لأن المدة الباقية إلى حين وضع الحمل مجهولة .

قلت : فيعايى بها . وقال المجد : قياس المذهب : الصحة .

قلت : وهو الصواب . ويأتى ذلك أيضاً فى عدة الوفاة .

قوله ﴿ إلَّا أَنْ يَشْتَرِيَهَا الْمُسْتَأْجِرُ فَتَنْفَسِخ ، عَلَى إحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

وهما وجهان عند أكثر الأصحاب . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والهادى ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والفروع ، والفائق

إحداهما : لاتنفسخ . وهو المذهب . صححه فى التصحيح .

قال فى القاعدة الخامسة والثلاثين : وهو الصحيح . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والأكثرون . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

والرواية الثانية : تنفسخ . قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : انفسخت الإجارة على الأصح . قال فى الخلاصة : انفسخت فى الأصح .

قال فى الرعاية الكبرى : وعنه تبطل الإجارة بالشراء ، ويرجع المشترى بأجرة مابقى من المدة إن كان المؤجر أخذه ، وإلا سقط من الثمن بقدره بشرطه . انتهى .

فعلى المذهب : لو أجرها لمؤجرها صح .

وعلى الثانية : لايصح .

فعلى الأولى : تكون الأجرة باقية على المشترى . وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع . كما لو كان المشترى غيره .

فوائد

إحداها : حكم ماورثه المستأجر حكم ما اشتراه . على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ، وقطعوا به .

قال القاضي فى الخلاف : هذا المذهب .

وقال فى المجرد : تنفسخ . لأن الملك بالإرث قهرى . وأيضاً فقد ينبنى على أن المنافع المستأجرة : هل تحدث على ملك المؤجر ، ثم تنتقل إلى ملك المستأجر ؟

فإن قلنا بذلك : فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها إليه .

هذا إذا كان ثمَّ وارث سواه . فأما إذا لم يكن له وارث سواه فلا معنى لاستحقاق العوض على نفسه ، إلا أن يكون على أبيه دين لغيره ، وقد مات مفلساً بعد أن أسلفه الأجرة .

الثانية : لو ملك المستأجر العين بهبة ، فهو كما لو ملكها بالشراء . صرح به المجد فى مسودته على الهداية . ذكره فى القاعدة الخامسة والثلاثين .

الثالثة : لو وهبت العين المستعارة للمستعير بطلت العارية . ذكره القاضى ، وابن عقيل . واقتصر عليه فى القواعد . لأنه عقد غير لازم .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الْأَجِيرِ الْخَاصّ . وَهُوَ الَّذِى يُسَلِّمُ نَفْسَهُ إِلَى الْمُسْتَأْجِرِ ﴾ .

يعنى : لعمل معلوم مباح فيما يتلف بيده .

فقول المصنف فى حده « هو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر » هو أحد الوجهين . ذكرهما فى الرعاية الصغرى . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة والفائق ، والرعاية الكبرى .

والصحيح من المذهب : أن الأجير الخاص هو الذى يؤجر نفسه مدة معلومة يستحق المستأجر نفعها فى جميعها ، سواء سلم نفسه إلى المستأجر أو لا . جزم به فى

المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والمستوعب ، والفروع ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

والذى يظهر لى : أن المسألة قولا واحدا ، وأن صاحب الرعاية الصغرى رأى بعضهم ذكر العبارة الأولى ، وذكر بعضهم العبارة الثانية . فظن أنهما قولان .

والعذر لمن قال : هو الذى يسلم نفسه إلى المستأجر : أنه الواقع فى الغالب . فأناط الحكم بالغالب ، لأن الذى يؤجر نفسه مدة ولم يسلمها إلى المستأجر لا يسمى أجيراً خاصاً . فإن المعنى الذى سمى به يشمله .

اللهم إلا أن يعثر على أحد من الأصحاب بين ذلك . وذكر علة كل قول .

إذا علمت ذلك ، فالصحيح من المذهب : أنه لايضمن ماتلف بيده بشرطه . نص عليه .

قال فى الفروع : لا يضمن جنايته فى المنصوص . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قال الزركشي : وعليه الأصحاب . ونص عليه فى رواية جماعة .

وقيل : يضمن . اختاره ابن أبى موسى فى الإرشاد . وحكى فيه عن الإمام أحمد رواية بتضمينه ماتلف بأمر خفى لايعلم إلا من جهته ، كما يأتى فى الأجير المشترك وقال فيه : لايضمن ماهلك بغير فعله . قولا واحداً . إذا كانت فى بيت المستأجر .

وقال : لافرق بين الأجير الخاص والمشترك .

تنبيه : قوله « إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى »

قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم « إلا أن يتعمد » .

وقال جماعة من الأصحاب ـ منهم ابن حمدان ـ فى رعايتيه « إلا أن يتعمد أو يفرطا » .

فائدتان

إحداهما : ليس له أن يستنيب فيما يعمله . وله فعل الصلوات الخمس فى أوقاتها بسننها ، وصلاة الجمعة ، والعيدين .

الثانية : ليس له أن يعمل لغيره فى مدة المستأجر . فإن عمل وأضر بالمستأجر فله قيمة مافوته . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى.

وقيل : يرجع بقيمة ماعمله لغيره . وهو احتمال فى الرعاية .

وقال القاضى : يرجع بالأجرة التى أخذها من غير مستأجره .

قوله ﴿ وَيَضْمَنُ الْأَجِيرُ الْمُشْتَرَكُ مَاجَنَتْ يَدُهُ مِنْ تَخْرِيقِ الثَّوْبِ وَغَلَطِهِ فِى تَفْصِيلِهِ ﴾ .

الأجير المشترك : هو الذى يقع العقد معه على عمل معين . فيضمن ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه فى تفصيله ، وزلق الحمال والسقوط عن دابته . وكذا الطباخ ، والخباز ، والحائك ، وملاح السفينة ، ونحوهم .

ويضمن أيضاً ماتلف بفعله مطلقاً . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم .

وصرح به القاضى فى التعليق فى أثناء المسألة وابن عقيل . واختاره المصنف وغيره .

وقيل : لايضمن مالم يتعد . وهو تخريج لأبى الخطاب .

قلت : والنفس تميل إليه .

وقيل : إن كان عمله فى بيت المستأجر أو يده عليه لم يضمن ، وإلا ضمن . واختاره القاضى ، وأصحابه . قاله فى الكافى . ونقله فى القاعدة الثامنة والتسعين عن القاضى ، واقتصر عليه .

وذكر القاضى أيضاً فى تضمينه ثلاث روايات : الضمان ، وعدمه . والثالثة : لايضمن إذا كان غير مستطاع . كزلق ونحوه .

قلت : وهذا قوى .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمانَ عَلَيْهِ فِيما تَلِفَ مِنْ حِرْزِهِ أَوْ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ﴾ .

مرداه : إذا لم يتعد . وما قاله هو المذهب .

قال فى الفائق : ولا يضمن ماتلف بغير فعل . ولو عدم من حرزه فلا ضمان فى أصح الروايتين .

قال فى الفروع : وماتلف بغير فعله ولا تعديه : لايضمنه فى ظاهر المذهب .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب . ونصره المصنف ، والشارح وغيرهما .

قال الزركشى : هو المشهور ، والمنصوص عليه فى رواية الجماعة . وهو اختيار الخرقى ، وأبى بكر ، والقاضى ، وأصحابه ، والشيخين . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والحاوى الصغير . وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعايتين ، وغيرهم .

وعنه يضمن . وعنه رواية ثالثة : إن كان التلف بأمر ظاهر — كالحريق ، واللصوص ونحوهما — فلا ضمان . وإن كان بأمر خفى — كالضياع — فعليه الضمان . وأطلقهن فى المستوعب .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : محل الروايات : إذا لم تسكن يد المالك على المال . أما إن كانت يده على المال : فلا ضمان بحال .

قوله ﴿ وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ فِيماعَمِلَ فِيهِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وهو ظاهر ماقطع به الخرقى ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، وغيرهم .

وقال فى المحرر : ولا أجرة له فيما عمل فيه إلا ماعمله فى بيت ربه . وقدمه فى الحاوى الصغير ، والفائق .

وعنه : له أجرة البناء لا غير . نص عليه فى رواية ابن منصور . وقطع به القاضى فى التعليق . قاله الزركشى .

وعنه : له أجرة البناء والمنقول إذا عمله فى بيت ربه .

وقال ابن عقيل فى الفنون : له الأجرة مطلقاً .

قلت : وهو قوى .

فائدة : لو استاجر أجير مشترك أجيراً خاصاً ـ كالخياط فى دكان يستأجر أجيراً خاصاً ـ فيستقبل المشترك خياطة ثوب ، ثم يدفعه إلى الأجير الخاص ، فخرقه أو أفسده : لم يضمنه الخاص ، ويضمنه الأجير المشترك لربه . قاله الأصحاب .

وإن استعان به ولم يعمل فله الأجرة . لأجل ضمانه ، لا لتسليم العمل . قاله فى الانتصار فى شركة الأبدان .

قوله ﴿ وَلاَ ضَمانَ عَلَى حَجّامٍ ولا خَتّانٍ وَلاَ بَزَّاغٍ ـ وهو البيطار ـ وَلا طَبيبٍ إِذَا عُرِفَ مِنْهُمْ حِذْقُ الصَّنْعَةِ . وَلَمْ تَجْنِ أَيْدِيهِمْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال فى الرعاية ، وقلت : إن كان أحدهم أجيراً خاصاً أو مشتركا فله حكمه . وكذا قال فى الراعى .

وقال ابن أبى موسى : إن ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خاتنها . قضى بذلك عمر رضى الله عنه .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب : أنه لا ضمان عليه ، سواء كان أجيراً خاصاً أو مشتركا . وهو صحيح . وقدمه فى الفروع وغيره .

واختار ابن عقيل فى الفنون : عدم الضمان فى الأجير المشترك لاغير . وقال :

لأنه الغالب من هؤلاء ، وأنه لو استؤجر لحلق رءوس يوماً فجنى عليها بجراحه ، لا يضمن ، كجنايته فى قصارة وخياطة ونجارة .

واختار فى الرعاية : أن كلا من هؤلاء له حكمه . إن كان خاصاً فله حكمه . و إن كان مشتركا فله حكمه . وكذا قال فى الراعى .

فائدتان

إحداهما : يشترط لعدم الضمان فى ذلك أيضاً ، وفى قطع سلعة ونحوه : إذن المكلف أو الولى فإن لم يأذنا ضمن . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وقدمه فى الفروع .

واختار فى الهدى عدم الضمان . قال : لأنه محسن ، وقال : هذا موضع نظر .

الثانية : يجوز أن يستأجر طبيباً ، و يقدر ذلك بالمدة . لأن العمل غير مضبوط . و يبين قدر ما يأتى له : هل هو مرة أو أكثر ؟ ولا يجوز التقدير بالبرء عند القاضى . وجوزه ابن أبى موسى . واختاره المصنف . وقال : لكن يكون جعالة لا إجارة . انتهى .

فإن استأجره مدة يكحله أو يعالجه فيها ، فلم يبرأ : استحق الأجر . و إن برأ فى أثناء المدة : انفسخت الإجارة فيما بقى . وكذا لو مات .

فإن امتنع المريض من ذلك — مع بقاء المرض — استحق الطبيب الأجر بمضى المدة .

فأما إن شارطه على البرء ، فهى جعالة . لا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء . وله أحكام الجعالة .

وتقدم أن الصحيح من المذهب : جواز اشتراط الكحل على الطبيب . و يدخل تبعاً كنقع البئر .

قوله ﴿ وَلاَضَمانَ عَلَى الرَّاعِى إِذَا لَمْ يَعْتَدِ ﴾ بلا نزاع .

فإن تعدى ضمن ، مثل أن ينام ، أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعد عنه ، أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يسرف فى ضربها ، أو يضربها فى غير موضع الضرب ، أو من غير حاجة إليه ، أو يسلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف . وما أشبه ذلك .

فائدتان

إحداهما : لو أحضر الجلد ونحوه ، مدعياً للموت : قبل قوله فى أصح الروايتين .

قاله المصنف ، والشارح ، والزركشى ، وصاحب الفائق ، وغيرهم .

وعنه : لا يقبل قوله إلا ببينة تشهد بموتها . وأطلقهما فى المستوعب وغيره .

ويأتى قريباً إذا ادعى موت العبد المأجور ، أو غيره ، أو مرضه .

الثانية : يجوز عقد الإجارة على ماشية معينة ، وعلى جنس فى الذمة .

فإن كانت الإجارة على معينة تعلقت الإجارة بأعيانها . فلا يجوز إبدالها . ويبطل العقد فيما تلف منها . والنماء فى يده أمانة كأصله . ولا يلزمه رعى سخا لها . قاله الأصحاب .

ويحتمل أن لا تتعلق الإجارة بأعيانها . قاله المصنف وغيره .

وإن عقد على موصوف ، الذمة ، فلا بد من ذكر جنسه ، ونوعه ، وصغره وكبره ، وعدده . وهذا المذهب مطلقاً .

وقال القاضى : إن أطلق ، ولم يذكر عدداً : صح . ويحمل على ما جرت به العادة . كالمائة من الغنم ونحوها .

قال فى القاعدة الثانية والثمانين : لو وقع الاستئجار على رعى غنم غير معينة . كان عليه رعى سخالها . لأن عليه أن يرعى ما يجرى العرف به مع الإطلاق . ذكره القاضى فى المجرد ، واقتصر عليه .

وتقدم فى أواخر المضاربة : هل يجوز رعيها بجزء من صوفها وغيره ؟

قوله ﴿ وَإِذَ حَبَسَ الصَّانِعُ الثَّوْبَ عَلَى أُجْرَتِهِ ، فَتَلِفَ : ضَمِنَهُ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : إن كان صبغه منه فله حبسه . وإن كان من ربه ، أو قصره : فوجهان .

وقال فى المنثور : إن خاطه ، أو قصره وعزله . فتلف بسرقة ، أو نار : فمن مالكه ، ولا أجرة له . لأن الصنعة غير متميزة . كقفيز من صبرة .

وإن أفلس مستأجره ، ثم جاء بائعه يطلبه . فللصانع حبسه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَ الثَّوْبَ بَعْدَ عَمَلِهِ : خُيِّرَ مَالِكُهُ بَيْنَ تضْمِينِهِ إِيَّاهُ غَيْرَ مَعْمُولٍ ، وَلاَ أُجْرَةَ لَهُ . وَبَيْنَ تَضْمِينِهِ إِيَّاهُ مَعْمُولاً . وَيَدْفَعُ إِلَيْهِ أُجْرَتَهُ ﴾ .

وهذا بلا خلاف . ويقدم قول ربه فى صفته معمولاً . ذكره ابن رزين .

فوائد

إحداها : مثل هذه المسألة : لو وجب عليه ضمان المتاع المحمول . فصاحبه مخير بين تضمينه قيمته فى الموضع الذى سلمه إليه ، ولا أجرة له ، وبين تضمينه إياه فى الموضع الذى أفسده . ويعطيه الأجر إلى ذلك المكان . قاله القاضى وغيره . وجزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع .

وقال أبو الخطاب : يلزمه قيمته موضع تلفه . وله أجرته إليه .

الثانية : مثل المسألة فى الحكم أيضاً : لو عمله على غير صفة ما شرطه عليه ، مثل أن يدفع إليه غزلا لينسج له عشرة أذرع فى عرض ذراع ، فينسجه زائداً فى الطول والعرض . قدمه فى الفروع .

وقال المصنف ، والشارح : له المسمى إن زاد الطول وحده . ولم يضر الأصل و إن جاء به زائداً فى العرض وحده ، أو فيهما . ففيه وجهان .

وأما إذا جاء به ناقصاً فى الطول والعرض ، أو فى أحدهما . فقيل : لا أجرة له . وعليه ضمان نقص الغزل .

وقيل : له حصته من المسمى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

وقال المصنف : و يحتمل إن جاء به ناقصاً فى العرض فلا شىء له . و إن جاء به ناقصاً فى الطول فله بحصته من المسمى .

الثالثة : لو دفع القصار الثوب إلى غير مالكه خطأ ضمنه .

قال الإمام أحمد رحمه الله : يضمن القصار ، ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس له . و يرده إلى القصار . و يطالبه بثوبه . فإن لم يعلم المدفوع إليه حتى قطعه : غرم أرش القطع ، على الصحيح من المذهب . وجزم به المصنف ، والشارح ، وابن حمدان ، والسامرى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعنه : لا يضمن . وقدمه فى القاعدة الخامسة والسبعين ، ومال إليه .

قال : و بعض الأصحاب حمل رواية ضمان القصار : على أنه كان أجيراً مشتركاً ، ورواية عدم ضمانه : على أنه أجير خاص . وأشار إلى ذلك القاضى فى المجرد . انتهى .

و إن تلف عند المدفوع إليه ضمنه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وعنه : لا يضمنه . كعجزه عن دفعه لمرض ونحوه . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَإِذَا ضَرَبَ المسْتَأْجِرُ الدَّابَّةَ بَقَدْرِ العَادَةِ أَوْ كَبَحَها ﴾ أى : جذبها لتقف ﴿ أو الرَّائِضُ الدَّابة ﴾ وهو الذى يعلمها السير ﴿ لَمْ يَضْمَنْ مَاتَلِفَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : يضمن . ويأتى فى كلام المصنف فى آخر كتاب الديات « لو أدب ولده ، أو امرأته فى النشوز ، أو المعلم صبيه ، أو السلطان رعيته ، ولم يسرف . فأفضى إلى تلفه » .

وتأديب الصبى ، والمرأة مذكور هنا فى بعض النسخ .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَذِنْتَ لِى فِى تَفْصِيلِهِ قِبَاءً . قَالَ : بَلْ قَمِيصًا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْخَيَّاطِ . نَصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

لئلا يغرم نقصه مجاناً بمجرد قول ربه ، بخلاف الوكيل . وهذا المذهب .

قال فى التلخيص : القول قول الأجير فى أصح الروايتين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والفائق ، وشرح ابن رزين ، وغيرهم .

وعنه : القول قول المالك . اختاره المصنف . قاله فى الفروع ، ولم أره . وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف .

وعنه : القول قول من يشهد له الحال ، مثل أن يكون التفصيل لايلبسه المالك ، أو يلبسه .

قلت : وهو قوى .

وقيل : بالتحالف .

فعلى المذهب : له أجرة مثله . وعلى الثانية : لا أجرة له .

فوائد

الأولى : لو قال : إن كان الثوب يكفينى فاقطعه وفصله . فقال : يكفيك ففصله . فلم يكفه : ضمنه .

ولو قال : انظر . هل يكفينى قميصاً ؟ فقال : نعم . فقال : اقطعه . فقطعه فلم يكفه : لم يضمنه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحاوى .

الثانية : لو ادعى مرض العبد ، أو إباقه ، أو شرود الدابة ، أو موتها ـ بعد فراغ المدة أو فيها ـ أو تلف المحمول : قبل قوله . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وقدمه فى الرعاية فى إباق العبد .

وعنه : القول قول ز به .

وقطع به فى المغنى فيما إذا ادعى مرض العبد وجاء به صحيحاً وقطع به فى الرعاية وفى الترغيب . فى داعواه التلف فى المدة : روايتان من دعوى راع تلفَ الشاة

واختار فى المبهج لا تقبل دعوى هرب العبد أول المدة .

وفى الترغيب : تقبل ، وأن فيه بعدها روايتين .

وتقدم قريباً لو أحضر الجلد مدعياً الموت .

الثالثة : يستحق فى المحمول أجرة حمله . ذكره فى التبصرة .

الرابعة : لو اختلفا فى قدر الأجرة . فحكمه حكم اختلافهم فى قدر الثمن فى البيع . نص عليه .

وكذا لو اختلفا فى قدر مدة الإجارة ، كالبيع . كقوله : أجرتك سنة بدينار . وقال : بل سنتين بدينارين .

وعلى القول بالتحالف : إن كان بعد فراغ المدة فعليه أجرة المثل ، لتعذر رده المنفعة . وفى أثنائها بالقسط .

قوله ﴿ وَتَجِبُ الْأُجْرَةُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ ﴾ .

هذا المذهب ، سواء كانت إجارة عين أو فى الذمة . فيجوز له الوطء إذا كانت الأجرة أمة .

قال فى الفروع : ويتوجه فيه قبل القبض رواية . يعنى : بعدم الجواز .

فائدة : تستحق الأجرة كاملة بتسليم العين ، أو بفراغ العمل الذى بيد المستأجر ، أو ببذلها . على الصحيح من المذهب ، على ما يأتى فى كلام المصنف قريبا.

وعنه : تستحق الأجرة بقدر ماسكن .

وحمله القاضى على تركها لعذر . ومثله تركه تتمة عمله . وفيه فى الانتصار كقول القاضى . انتهى .

وله الطلب بالتسليم . ولا تستقر الأجرة إلا بمضى المدة بلا نزاع .

ولو بذل تسليم العين ، وكانت الإجارة على عمل فى الذمة . فقال الأصحاب : إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها : استقرت عليه الأجرة . نقله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

واختار المصنف : لا أجرة عليه . فقال فى المغنى : هذا أصح عندى . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يَتَّفِقَا عَلَى تَأْخِيرِهَا ﴾ .

يجوز تأجيل الأجرة مطلقاً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب

وقيل : يجوز تأجيلها إذا لم تكن نفعا فى الذمة .

وقيل : يجوز قبضها فى المجلس أيضاً .

فعلى المذهب : تكون الأجرة فى الذمة غير مؤجلة ، بل ثابتة فى الحال ، وإن تأخرت المطالبة بها . صرح به القاضى فى تعليقه فى الجنايات ، فقال : الدين فى الذمة غير مؤجل ، بل ثابت فى الحال ، وإن تأخرت المطالبة به .

وحمل الزركشى كلام الخرقى فى الإجارة عليه . وقدر له تقديراً .

قلت : ظاهر كلام كثير من الأصحاب : خلاف ذلك ، كالمصنف هنا ، والخرقى وغيرهم .

ولا يلزم من كون القاضى ذكر ذلك أن يكون متفقاً عليه بين الأصحاب .
فإن المسألة محتملة لما قاله القاضى ، ولما هو ظاهر كلام غيره .

فنقول : السبب وجد . والوجوب محله انتهاء الأجل . والله أعلم .

فائدة : لو أجلها فمات المستأجر : لم تحل الأجرة . وإن قلنا بحلول الدين بالموت . لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال أيضا : ليس لناظر الوقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة . ولو شرطه لم يجز . لأن الموقوف عليه يأخذ ما لا يستحقه الآن ، كما يفرقون فى الأرض المحتكرة إذا بيعت وورثت . فإن الحكر من الانتقال ، يلزم المشترى والوارث . وليس لهم أخذه من البائع . وتركه فى أصح قولهم .

قوله ﴿ وَلَا يَجِبُ تَسْلِيمُ أُجْرَةِ الْعَمَلِ فِي الذِّمَّةِ حَتَّى يَتَسَلَّمَهُ ﴾ .

إذا استؤجر على عمل ملكت الأجرة بالعقد أيضاً . لكن لا يستحق تسليمها إلا بفراغ العمل وتسليمه لمالكه . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب ، على ما تقدم قريباً .

وقطع به الخرقى ، وصاحب المحرر ، والوجيز وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقال القاضى فى تعليقه : يجب دفع الأجرة إلى الأجير إذا شرع فى العمل . لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة . فهو كتسليم الدار المؤجرة .

قال فى القاعدة الثامنة والأربعين : ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص . لأن منافعه تتلف تحت يد المستأجر . فهو شبيه بتسليم العقار .

وقال ابن أبى موسى : من استؤجر لعمل استحق الأجر عند إيفاء العمل . فإن استؤجر فى كل يوم بأجر معلوم . فله أجر كل يوم عند تمامه .

وحمله الزركشى على العرف . وكذا قال فى القواعد .

وقال : وقد يحمل على ما إذا كانت المدة مطلقة غير معينة ، كاستئجاره كل

يوم بكذا . فإنه يصح . و يثبت اه الخيار فى أجر كل يوم . فتجب له الأجرة فيه . لأنه غير ملتزم بالعمل فيما بعده . ولأن مدته لاتنتهى . فلايمكن تأخير إعطائه إلى تمامها ، أو على أن المدة المعينة إذا عين لـكل يوم فيها قسطاً من الأجرة ، فهى إجارات متعددة . انتهى .

وقال الزركشى ـ بعد كلامه على العرف ـ أصل المسألة : مافيه خلاف بين الأصحاب . انتهى .

وقال أبو الخطاب : تملك بالعقد ، وتستحق التسليم . وتستقر بمضى المدة .

فائدة : إذا انقضت المدة رفع المستأجر يده عن المأجور . ولم يلزمه الرد . على المذهب مطلقا . ولو تلف بعد تمكنه من رده لم يضمنه . جزم به فى التلخيص فى باب الوديعة . وجزم به فى الحاوى الصغير . وقدمه فى الفروع . لأن الإذن فى الانتفاع انتهى دون الإذن فى الحفظ . ومؤنته كمودع .

وقال القاضى فى التعليق : يلزمه رده بالطلب ، كعارية ، لا مؤنة العين ، وقال : أومأ إليه .

وقال فى الرعاية : يلزمه رده مع القدرة بطلبه . وقيل : مطلقا . و بضمنه مع إمكانه . قال : ومؤنته على ربه . وقيل : عليه .

قال فى التبصرة : يلزمه رده بالشرط . و يلزم المستعير مؤنة البهيمة عادة مدة كونها فى يده .

و يأتى حكم مؤنة ردها فى كلام المصنف فى العارية .

قوله ﴿ وَإِذَا انْقَضَتِ الإجارَةُ وَفِى الأَرْضِ غِرَاسٌ ، أَوْ بِنَاءٌ لَمْ يُشْتَرَطْ قَلْعُهُ عِنْدَ انقِضَائِهَا : خُيِّرَ المَالِكُ بَيْنَ أَخْذِهِ بِالقِيمَةِ ، أَوْ تَرْكِهِ بِالأُجْرَةِ ، أَوْ قَلْعِهِ وَضَمانِ نَقْصِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب من حيث الجملة . وجزم به في المغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال في التلخيص : إذا اختار المالك القلع وضمان النقص ، فالقلع على المستأجر . وليس عليه تسوية الأرض . لأن المؤجر دخل على ذلك .

ولم يذكر جماعة من الأصحاب أخذه بالقيمة . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وزاد : كما في عارية مؤقتة .

وقال في الفائق ، قلت : فلو كانت الأرض وقفاً : لم يجز التملك إلا بشرط واقف ، أو رضى مستحق الريع .

وقال في الفروع : ولم يفرق الأصحاب بين كون المستأجر وقف مابناه أولا . مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً . فإن لم تترك بالأجرة ، فيتوجه أن لا يبطل الوقف مطلقا .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله ـ فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً ، أو بناء وقفه عليه ـ : متى فرغت المدة وانهدم البناء : زال حكم الوقف . وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها . وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل ، كوقف علو ربع أو دار مسجداً . فإن وَقْف علو ذلك لا يسقط حق مُلَّاك السفل . كذا وقف البناء لا يسقط حق ملاك الأرض . وذكر في الفنون معناه .

قلت : وهو الصواب . ولا يسع الناس إلا ذلك .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف في هذه المسألة : إذا لم يقلعه المالك . على الصحيح . ولم يشترط أبو الخطاب ذلك .

قال في القاعدة السابعة والسبعين : فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء . فإذا اختار المستأجر القلع كان له ذلك . ويلزمه تسوية الحفر . صرح به المصنف في الكافي وغيره ، والشارح وغيرهما .

الثاني : يأتى فى باب الشفعة : كيف يُقَوَّم الغراس والبناء إذا أخذ من ربه . بعد قوله « وإن قاسم المشترى وكيل الشفيع » .

فوائد

إحداها : لو شرط فى الإجارة بقاء الغراس . فهو كإطلاقه . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

وقيل : يبطل . وهو احتمال للمصنف .

وقال فى الفائق : قلت : فلو حُـكم ببقائه بعد المدة قسراً بأجرة مثله : لم يصادف محلا .

الثانية : لو غرس ، أو بنى مشتر ، ثم فسخ البيع بعيب : كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع ، وضمان النقص ، وتركه بالأجرة . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال فى المحرر ، والرعاية ، والحاوى الصغير ، وغيرهم : له أخذه بقيمته ، أو قلعه وضمان نقصه .

وقال الحلوانى : ليس له قلعه .

وقيل : ليس له قلعه ، ولا أخذه بقيمته .

وتقدم إذا غرس المحجور عليه ، أو بنى ، ثم أخذت الأرض وحكمه فى بابه فى كلام المصنف .

وأما البيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشـترى ، أو بنى : فالصحيح من المذهب : أن حكمه حكم المستعير إذا غرس أو بنى . على ما يأتى فى بابه . ذكره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى فى الشروط فى الرهن ، لتضمنه إذناً . وقدمه فى الفروع .

وقال صاحب المحرر : لا أجرة .

ويأتى فى باب الغصب : إذا غرس المشترى من الغاصب وهو لا يعلم بعض أحكام غرس الغاصب .

ويأتى أيضاً بعد ذلك فى كلام المصنف « إذا اشترى أرضاً فغرس فيها ثم خرجت مستحقة » مستوفى فى المكانين .

وقال القاضى فى المجرد : لو غارسه على أن الأرض والغراس بينهما . فله أيضاً تبقيته بالأجرة .

قال فى الفروع : ويتوجه فى الفاسد وجه كغصب . لأنهم ألحقوه به فى الضمان

الثالثة : قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَ قَلْعَهُ لَزِمَهُ ذَلِكَ ﴾ بلا نزاع .

لكن لا يجب على صاحب الأرض غرامة نقص الغراس والبناء ، ولا على المستأجر تسوية الحفر ، ولا إصلاح الأرض إلا بشرط .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فِيهَا زَرْعٌ بَقَاؤُهُ بِتَفْرِيطِ المُسْتَأْجِرِ : فَلِلْمَالِكِ أَخْذُهُ بِالقِيمَةِ ﴾ .

قال فى الرعاية ، وقيل : بنفقته ﴿ أَوْ تَرْكُهُ بِالأُجْرَةِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع .

وقال فى الرعاية ، قلت : وقلعه مجاناً . انتهى .

فهو كزرع الغاصب . قاله الأصحاب . نقله فى القواعد .

لكن لو أراد المستأجر قلع زرعه فى الحال ، وتفريغ الأرض : فله ذلك من غير إلزام له به . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع ، والقواعد . وهو المذهب . بلا ريب .

وقال القاضى وابن عقيل : يلزمه ذلك .

قال فى القواعد : وليس بجار على قواعد المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ تَفْرِيطٍ : لَزِمَهُ تَرْكُهُ بِالأُجْرَةِ ﴾ .

يعنى : له أجرة مثله لما زاد . بلا نزاع .

فائدة : لو اكترى أرضاً لزرع مدة لا يكمل فيها ، وشرط قلعه بعدها : صح .

وإن شرط بقاءه ليدرك : فسدت بلا نزاع فيهما .

وإن سكت فسدت أيضاً ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى .

وقيل : يصح . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقال فى الرعاية الكبرى : يحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بها فى زرع ، ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه : صح العقد ، وإلا فلا . انتهى . وهو فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب : لو زرع فيما شرط بقاؤه ليدرك : لزمه أجرة المثل .

وعلى القول بالصحة فيما إذا سكت : لو انقضت المدة والزرع باق ، فقيل : حكمه حكم زرع بقاؤه بتفريط المستأجر على ماتقدم .

وقدمه فى الرعاية الكبرى . فقال : وقيل : إن سكت : صح العقد . فإذا فرغت المدة والزرع باق ، فهو كمفرط . وقيل : لا . انتهى .

وقيل : حكمه حكم زرع بقاؤه بعد فراغ المدة من غير تفريط . على ماتقدم .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِذَا تَسَلَّمَ الْعَيْنَ فِى الإِجَارَةِ الْفَاسِدَةِ حَتَّى انْقَضَتِ الْمُدَّةُ فَعَلَيْهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ ، سَكَنَ أَوْ لَمْ يَسْكُنْ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والفائق .

وقيل : لا أجرة عليه إن لم ينتفع . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وقال القاضى فى التعليق : يجب المسمى فى نكاح فاسد . فيجب أن نقول مثله فى الإجارة . وعلى أن القصد فيها العوض . فاعتبارها فى الأعيان أولى .

وقال فى الروضة : هل يجب المسمى فى الإجارة الفاسدة ، أم أجرة المثل — وهى الصحيحة — ؟ فيه روايتان .

فائدة : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يلزمه أجرة إذا لم يتسلمها ولو بذلها له المالك . وهو صحيح . ولا خلاف فيه .

قوله ﴿ وَإِنِ اكْتَرَى بِدَرَاهِمَ ، وَأَعْطَاهُ عَنْهَا دَنَانِيرَ ، ثُمَّ انْفَسَخَ الْعَقْدُ : رَجَعَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالدَّرَاهِمِ ﴾ .

لا أعلم فيه خلافاً . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب . وتقدم نظير ذلك .

باب السبَق

قوله ﴿ يَجُوزُ المسَابقَةُ عَلَى الدَّوابّ ، وَالأَقْدَامِ ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ وَالسُّفُنِ ، وَالمَزَارِيقِ وَغَيْرِهَا ﴾ .

يعنى يجوز ذلك بلا عوض . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال الآمدى : يجوز فى ذلك كله إلا بالحمام .

وقيل : لا بالحمام والطير .

وقال فى الرعاية الكبرى : و يصح السبق بلا عوض على أقدام ، و بغال ، وحمير .

وقيل : و بقر ، وغنم ، وطيور ، ورماح ، وحراب ، ومزاريق ، وشخوت ، ومناجيق ، ورمى أحجار ، وسفن ، ومقاليع .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : وفى الطيور وجهان .

و يأتى كلامه فى الروضة .

وقال فى الفروع : وكره أبو بكر الرمى عن قوس فارسية .

وقال فى الفائق : ومنع منه أبو بكر .

فائدتان

إحداهما : فى كراهة لعب غير معين على عدو : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الأولى الكراهة . اللهم إلا أن يكون له فى ذلك قصد حسن .

قال فى المستوعب : وكل ما يسمى لعبا مكروه ، إلا ما كان معيناً على قتال العدو . ذكره ابن عقيل واقتصر عليه .

وذكر فى الوسيلة : يكره الرقص واللعب كله ، ومجالس الشعر .

وذكر ابن عقيل وغيره : يكره لعبه بأرجوحة ونحوها .

وقال أيضاً : لا يمكن القول بكراهة اللعب مطلقاً .

وقال الآجرى فى النصيحة : من وثب وثبة مرحاً ولعباً بلا نفع ، فانقلب ، فذهب عقله : عصى . وقضى الصلاة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز ما قد يكون فيه منفعة بلا مضرة .

قال فى الفروع : وظاهر كلامه : لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : كل فعل أفضى إلى محرم كثيراً : حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة . لأنه يكون سبباً للشر والفساد .

وقال أيضاً : وما ألهى وشغل عما أمر الله به : فهو منهى عنه ، وإن لم يحرم جنسه . كبيع وتجارة ونحوها .

الثانية : يستحب اللعب بآلة الحرب . قال جماعة : والثقاف .

نقل أبو داود : لا يعجبنى أن يتعلم بسيف حديد ، بل بسيف خشب .

وليس من اللهو المحرم : تأديب فرسه ، وملاعبة أهله ، ورميه عن قوسه . للحديث الوارد فى ذلك .

وقال الزركشى : ويجوز الصراع ، ورفع الحجارة ، ليعرف الأشد .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ بِعَوَضٍ إلاَّ فِى الْخَيْلِ وَالإِبِلِ وَالسِّهَامِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وذكر ابن البنا وجهاً : يجوز بعوض فى الطير المعدة لأخبار الأعداء انتهى .

وذكر فى النظم وجهاً بعيداً يجوز بعوض فى الفيلة .

وقد « صارع النبى صلى الله عليه وسلم ركانة على شاة . فصرعه ثم عاد مراراً فصرعه . فأسلم . فرد عليه غنمه » رواه أبو داود فى مراسيله .

قال فى الفروع : وهذا وغيره مع الكفار : من جنس جهادهم . فهو فى معنى الثلاثة المذكورة . فإن جنسها جهاد . وهى مذمومة إذا أريد بها الفخر والخيلاء والظلم .

والصراع ، والسبق بالإقدام ونحوهما : طاعة إذا قصد بها نصر الإسلام . وأخذ العوض عليه أخذ بالحق . فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما يعين على الدين ، كما فى مراهنة أبى بكر الصديق رضى الله عنه .

واختار هذا كله الشيخ تقى الدين رحمه الله . وذكر أنه أحد الوجهين عندنا ، معتمداً على ما ذكره ابن البنا .

قال فى الفروع : فظاهره جواز المراهنة بعوض فى باب العلم ، لقيام الدين بالجهاد والعلم .

وهذا ظاهر اختيار صاحب الفروع . وهو حسن .

وقال فى الروضة : السبق يختص بثلاثة أنواع : الحافر . فيعم كل ذى حافر ، والخف . فيعم كل ذى خف . والنصل . فيختص النشاب والنبل . ولا يصح السبق والرمى فى غيرها مع الجعل وعدمه .

قال فى الفروع : كذا قال . ولتعميمه وجه . ويتوجه عليه تعميم النصل . انتهى .

فائدة : قوله فِي الشُّرُوطِ ﴿ أَحَدُهَا : تَعْيِينُ المَرْكُوبِ ﴾ يعنى بالرؤية ﴿ وَالرُّمَاةِ سَوَاءٌ كَانَا اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع .

لكن قال فى الترغيب : فى عدد الرماة وجهان .

قوله ﴿ الثَّانِى : أَنْ يَكُونَ المَرْكُوبَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ . فَلاَ يَجُوزُ بَيْنَ عَرَبِيٍّ وَهَجِينٍ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفروع ، والنظم ، والزركشى ، وغيرهم .

ويحتمل الجواز . وهو وجه اختاره القاضى . ذكره فى الفائق ، وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

قال فى الهداية ، ومن تابعه : ويتخرج الجواز ، بناء على تساويهما فى السهم
وقال فى الترغيب : وتساويهما فى النجابة والبطالة وتكافئهما .

قوله ﴿ وَلاَ بَيْنَ قَوْسٍ عَرَبِيٍّ وَفَارِسِيٍّ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المحرر ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

وقال : هذا المذهب .

﴿ وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ﴾ وهو وجه اختاره القاضى . وأطلقهما فى المغنى ، والبلغة والشرح ، والفروع ، والفائق .

فائدتان

إحداهما : يجوز الرمى بالقوس الفارسية من غير كراهة . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو بكر : لا يجوز . قاله فى الفائق .

وقال فى الفروع : وكرهه أبو بكر . كما تقدم أول الباب .

الثانية : إذا عقدا النضال ، ولم يذكرا قوسا : صح فى ظاهر كلام القاضى . ويستويان فى العربية أو غيرها .

وقال غيره : لايصح حتى يذكرا نوع القوس الذى يرميان عنه فى الابتداء .

قوله ﴿ وَمَدَى الرَّمْيِ بِماَ جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ﴾ .

قال المصنف وغيره : يعرف ذلك إما بالمشاهدة أو بالذراع ، نحو مائة ذراع أو مائتى ذراع . وما لم تجر به العادة ـ وهو مازاد على ثلاثمائة ذراع ـ فلا يصح .

وقد قيل : إنه ما رمى فى أربعمائة ذراع ، إلا عقبة بن عامر الجهنى رضى الله تعالى عنه .

فائدة : لايصح تناضلهما على أن السبق لأبعدهما رمياً . على الصحيح من المذهب . زاد فى الترغيب : من غير تقدير .

وقيل : يصح . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . قاله فى الفائق . وهو المعمول به عند الرماة الآن فى أماكن كثيرة .

قوله ﴿ الثانى : أَنْ يَكُونَ العِوَضُ مَعْلُومًا مُبَاحا ﴾ بلا نزاع .

لكنه تمليك بشرط سبقه . فلهذا قال فى الانتصار فى شركة العنان : القياس لا يصح .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخْرجَا معًا : لَمْ يَجُزْ ، إلاَّ أَنْ يُدْخِلاَ بَيْنَهُمَا مُحَلِّلاً ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يجوز من غير محلل .

قال : وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما ، وأبلغ فى تحصيل مقصود كل منهما . وهو بيان عجز الآخر ، وأن الميسر والقمار منه لم يحرم لمجرد المخاطرة . بل لأنه أكل للمال بالباطل ، أو للمخاطرة المتضمنة له . انتهى .

واختاره صاحب الفائق .

قوله ﴿ يُكَافِئ فَرَسُهُ فَرَسَيْهِماَ ، أَوْ بَعِيرُهُ بَعِيرَيْهِماَ ، أَوْ رَمْيُهُ رَمْيَيْهِماَ . فَإِنْ سَبَقَهُمَا أَحْرَزَ سَبْقَيْهِماَ . وَإِنْ سَبَقاهُ أَحْرَزا سَبْقَيْهِما . وَلَمْ يَأْخُذا مِنْهُ شَيْئًا . وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُماَ : أَحْرَزَ السَّبْقَيْنِ . وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ المحَلِّلُ : فَسَبَقُ الآخَرِ بَيْنَهُماَ ﴾ بلا نزاع فى ذلك كله .

تنبيه : ظاهر قوله « إلا أن يدخلا بينهما محللا » الاكتفاء بالمحلل الواحد . ولا يكون أكثر من واحد . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال الآمدى : لايجوز أكثر من واحد ، لدفع الحاجة به .

وقال فى الرعاية : وقيل : يجوز أكثر من واحد . وجزم به فى الـكافى .

قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَا أَنَّ السَّابِقَ يُطْعِمُ السَّبَقَ أَصْحَابَهُ ، أَوْ غَيْرَهُمْ : لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يصح شرط السبق للاستاذ ، ولشراء قوس . وكراء حانوت ، و إطعامه للجماعة . لأنه مما يعين على الرمى .

قوله ﴿ وَفِى صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

أحدهما : يصح . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وغيرهما . واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

والوجه الثانى : لا يصح . قدمه فى الرعاية الـكبرى .

قوله ﴿ وَالمسَابَقَةُ جَعَالَةٌ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن حامد ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والـكافى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية ، وغيرهم .

وقيل : هى عقد لازم ليس لأحدهما فسخه . ذكره القاضى . فهى كالإجارة لـكنهـا تنفسخ بموت أحد المركوبين ، وأحد الراميين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وفى الترغيب : احتمال بعدم اللزوم فى حق المحلل وحده . لأنه مغبوط ، كمرتهن

فعلى المذهب : لكل واحد منهما فسخها ، إلا أن يظهر الفضل لأحدهما .

فيكون له الفسخ دون صاحبه .

وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين . ولا يؤخذ رهن ، ولا كفيل بعوضهما .

وقال فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، وغيرهما ـ على هذا الوجه ـ : يجوز

فسخه ، والامتناع منه ، والزيادة فى العوض .

زاد غيرهم : وأخذه به رهناً أو كفيلاً .

قوله ﴿ وَعَلَى القَوْلِ بِلُزُومِهَا : لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا . لَـكِنَّهَا تَنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِ المَرْكُوبَيْنِ وَأَحَدِ الرَّامِيَيْنِ . وَلاَ تَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّاكِبَيْنِ وَلاَ تَلَفِ أَحَدِ القَوْسَيْنِ ﴾ .

وهذا بلا خلاف على هذا القول .

وقوله ﴿ وَيَقُومُ وَارِثُ المَيِّتِ مَقَامَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ مِنْ تَرِكَتِهِ ﴾ .

هذا إذا قلنا : إنها لازمة .

فأما إن قلنا : إنها جائزة ، فظاهر كلام المصنف : أن وارثه لا يقوم مقامه .

ولا يقيم الحاكم من يقوم مقامه . وهو أحد الوجهين .

قلت : هذا المذهب . وهو كالصريح المقطوع به فى كلام كثير من الأصحاب

لقطعهم بفسخها بموت أحد المتعاقدين ، على القول بأنها عقد جائز . كما قطع به

المصنف فيما تقدم ، وغيره من الأصحاب . وهو ظاهر كلامه فى الحاوى .

والوجه الآخر : وارثه كهو فى ذلك ثم الحاكم . جزم به ابن عبدوس فى

تذكرته . وهو ظاهر كلامه فى الرعاية الصغرى ، والفائق . وهو كالصريح فى

البلغة . وصرح به فى الكافى . وجزم به فيه .

لـكن جعل الوارث بالخيرة فى ذلك . وهو ظاهر ماقطع به فى المستوعب ، وأطلقهما فى الفروع .

قال فى الفروع ، والبلغة : ولا يجب تسليم العوض فيه قبل العمل . ولو قلنا بلزومه . على الأصح . بخلاف الأجرة . بل يبدأ بتسليم العمل قبل العوض .

قوله ﴿وَالسَّبَقُ فِى الْخَيْلِ : بِالرَّأْسِ إِذَا تَمَاثَلَتِ الْأَعْنَاقُ . وَفِى مُخْتَلِفِى الْعُنُقِ وَالْإِبِلِ : بِالْـكَتِفِ﴾ .

وكذا قال فى الهـداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

وقال فى الفروع : والسبق بالرأس فى متماثل عنقه . وفى مختلفه وإبل : بكتفه . وكذا قال فى الوجيز .

وقال فى المحرر : والسبق فى الإبل والخيل : سبق الـكتف . وتبعه فى المنور .

وقال فى الرعايتين : والسبق فى الخيل بالعنق . وقيل : بالرأس .

زاد فى الـكبرى : مع تساوى الأعناق .

ثم قال فيهما : وفى مختلفى العنق والإبل : بالـكتف .

زاد فى الـكبرى : أو ببعضه . ثم قال فيهما : وقلت فى الـكل : بالأقدام . انتهى .

وقال المصنف ، والشارح : وإن شرط السـبق بأقدام معلومة ، كثلاثة أو أكثر أو أقل : لم يصح .

قوله ﴿وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُجَنِّبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى الْعَدْوِ . وَلَا يَصِيحُ بِهِ فِى وَقْتِ سِبَاقِهِ﴾ .

هذا المذهب . أعنى : فعل ذلك محرم . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم .

وقال ابن رزين فى مختصره : يكرهان .

وفسر القاضى الجنب : بأن يجنب فرسا آخر معه . فإذا قصر المركوب ركب المجنوب .

قوله فِى المُنَاضَلَةِ ﴿ وَيُشْتَرَطُ لَهَا شُرُوطٌ أَرْبَعَةٌ . أَحَدُهَا : أَنْ تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ الرَّمْىَ . فَإِنْ كَانَ فِى أَحَدِ الحِزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ : بَطَلَ العَقْدُ فِيهِ ، وَأُخْرِجَ مِنَ الحِزْبِ الآخَرِ مِثْلُهُ . وَلَهُمُ الفَسْخُ إِنْ أَحَبُّوا ﴾ .

فظاهره : عدم بطلان العقد . لقوله « ولهم الفسخ » وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فى النظم ، وغيره .

قال المصنف ، والشارح : وفى بطلان العقد وجهان . بناء على تفريق الصفقة .

وقد علمت قبل : أنه لا يبطل العقد فى الباقى . على الصحيح . فكذا هنا .

فوائد

الأولى : لو عقد النضال جماعة ليقتسموا بعد العقد حزبين برضاهم لا بقرعة : صح . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره القاضى وغيره . وصححه فى الرعاية الكبرى .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن لا يصح . ومالا إليه .

فعلى هذا : إذا تفاصلوا عقدوا النضال بعده .

وعلى المذهب : يجعل لكل حزب رئيس . فيختار أحدهما واحداً . ثم يختار الآخر آخر حتى يفرغا . وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخيرة اقترعا . ولا يقتسمان بقرعة . ولا يجوز جعل رئيس الحزبين واحداً . ولا الخيرة فى تميزهما إليه ، ولا السبق عليه .

الثانية : لا يشترط استواء عدد الرماة . على الصحيح . صححه فى النظم . وجزم به ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : يشترط . وأطلقهما فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهما وجهان فى الترغيب ، واحتمالان فى الرعاية الكبرى ، واحتمال وجهين فى الصغرى ، والحاوى الصغير .

الثالثة : لايصح شرط إصابة نادرة . ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

وقدمه فى الفروع .

وذكر فى الترغيب وغيره : أنه يعتبر فيه إصابة ممكنة فى العادة .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : مَعْرِفَةُ الرَّمْيِ : هَلْ هُوَ مُنَاضَلَةٌ ، أَوْ مُبَادَرَةٌ ؟ ﴾ .

وكذا : هل هو محاطة ؟ وهو حط ماتساويا فيه بإصابة من رشق معلوم مع تساويهما فى الرميات . فيشترط معرفة ذلك . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الشرح .

قال فى الرعاية الكبرى : ويجب بيان حكم الإصابة : هل هى مناضلة ، أو غيرها . وقيل : يستحب . انتهى .

وظاهر كلام القاضى : لايحتاج إلى اشتراط ذلك . لأن مقتضى النضال : المبادرة . قاله المصنف ، والشارح .

وقال فى الرعاية الكبرى أيضاً : ويسن أن يصفا الإصابة ، فيقولان : خَوَاصِل ، ونحوه .

وقيل : يجب .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالا خَوَاسِقَ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الغَرَضَ وَثَبَتَ فِيهِ ﴾ .

هكذا قال أكثر الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

ثم قال ، وقيل : أو مرق . وإن سقط بعد ثقبه ، أو خدشه ، أو نقبه ، ولم يثبت فيه . فوجهان . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَشَاحَّا فِي الْمُبْتَدِئِ بِالرَّمْيِ أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يقدم من له مزية بإخراج السبق . اختاره القاضى .

واختار فى الترغيب : أنه يعتبر ذكر المبتدىء منهما .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ . فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمْ خَوَاصِلَ : احْتُسِبَ بِهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ كَانَ خَوَاسِقَ : لَمْ يُحْتَسَبْ لَهُ بِهِ وَلاَ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقال القاضى : ننظر ، فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض ، فثبت فى الهدف : احتسب له به . وإلا فلا يحتسب له به ولا عليه .

قوله ﴿ وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ ـ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ، أَوْ قَطْعِ وَتَرٍ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ ـ لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ ﴾ .

ظاهره : أنه يحتسب له به إن أصاب . وهو أحد الأوجه . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الكبرى . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحتسب عليه بالسهم إن أخطأ .

وقيل : لا يحتسب عليه ، ولا له . وهو المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال فى الفروع : وهذا أشهر . وقدمه فى الرعاية الصغرى .

قال فى الرعاية الكبرى : وإن عرض لأحدهما كسر قوس ، أو قطع وتر ، أو ريح فى يده ، أو ردت سهمه عرضاً ، فأصاب : حسب له . وإلا فلا .

وقيل : بلى .

قوله ﴿ وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَدْحُ أَحَدِهِما ، لَمَا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبِ صَاحِبِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يحرم . اختاره ابن عقيل .

قلت : وهو قوى فى النظر .

وقال فى الفروع : ويتوجه الجواز فى مدح المصيب ، والكراهة فى عيب غيره .

قال : ويتوجه فى شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة . وعيب غيره كذلك . انتهى

قلت : إن كان مدحه يفضى إلى تعاظم الممدوح ، أو كسر قلب غيره : قوى التحريم . وإن كان فيه تحريض على الاشتغال ونحوه : قوى الاستحباب . والله أعلم .

كتاب العارية

قوله ﴿ وَهِىَ هِبَةُ مَنْفَعَةٍ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . جزم به فى الهداية ، والخلاصة ، والكافى ، والهادى والمذهب الأحمد ، والوجيز ، وإدراك الغاية ، وشرح ابن رزين . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : أنها إباحة منفعة . واختاره ابن عقيل ، وصاحب الرعاية الصغرى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق .

قال الحارثى : وهو أمس بالمذهب .

وقال : اختاره غير واحد . وقدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى . وأطلقهما فى النظم ، والفروع .

قال الحارثى : ويدخل على الأول الوصية بالمنفعة . وليس بإعارة .

وقال : الفرق بين القولين : أن الهبة تمليك يستفيد به التصرف فى الشىء . كما يستفيده فيه بعقد المعاوضة . والإباحة : رفع الحرج عن تناول ماليس مملوكا له . فالتناول : مستند إلى الإباحة . وفى الأول : مستند إلى الملك .

وقال فى تعليل الوجه الثانى : فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعارة لاستقل المستعير بالإجارة والإعارة . كما فى المنفعة المملوكة بعقد الإجارة .

تنبيه : قال الحارثى : تعريف المصنف للعارية بما قال ، توسع لايحسن استعماله فى هذا المقام . إذ « الهبة » مصدر . والمصادر ليست أعياناً . و « العارية » نفس العين . وليست بمعنى الفعل .

قال : والأولى إيراد التعريف على لفظ « الإعارة » فيقال : الإعارة هبة منفعة .

فوائد

الأولى : تجب إعارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد غيره . ونقله القاضي في الجامع الكبير . وخرجه ابن عقيل في كتب المحتاج إليها من القضاة والحكام ، وأهل الفتاوى ، وأن ذلك واجب . نقله في القاعدة التاسعة والتسعين .

قوله ﴿ تَجُوزُ فِي كُلِّ المَنَافِعِ إلاَّ مَنَافِعَ البُضْعِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب في الجملة . وجزم به في الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يجوز إعارة كلب الصيد ، وفحل الضراب . اختاره ابن عقيل . ونسبه الحارثي إلى التذكرة . ولم أره فيها في هذا الباب .

وقيل : لا يجوز إعارة أمة شابة لغير محرم وامرأة . جزم به في التبصرة ، والكافي ، والوجيز ، وشرح ابن رزين .

وقيل : تجب العارية مع غنى المالك . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

الثانية : يحرم إعارة مايحرم استعماله لمحرم . فهذا التحريم لعارض .

الثالثة : يشترط فيها كون العين منتفعاً بها ، مع بقاء عينها . واستثنى الحارثي جواز إعارة العنز وشبهها لأخذ لبنها للنص الوارد في ذلك . وعلله .

قوله ﴿ وَلاَ يَجُوزُ إعَارَةُ العَبْدِ المُسْلِمِ لِـكَافِرٍ ﴾ .

يعني للخدمة . قاله الحارثي . هذا الصحيح من المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمغني ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال في الفروع ، في باب الإجارة : لا يجوز إجارة مسلم لخدمة ذمي على الأصح . وكذا إعارته .

وقال في باب العارية : ويجوز إعارة ذي نفع جائز منتفع به مع بقاء عينه إلا البُضع ، وماحرم استعماله لمحرم .

وفي التبصرة : وعبداً مسلماً لكافر . ويتوجه . كإجارة .

وقيل فيه : بالكراهة وعدمها . انتهى .

وقال في الرعاية : ولا يعار كافر عبداً مسلماً .

وقلت : إن جاز أن يستأجره : جاز إعارته ، وإلا فلا .

وقال الحارثي : لا يتخرج هنا من الخلاف مثل الإجارة . لأن الإجارة معاوضة . فتدخل في جنس البياعات . وهنا بخلافه .

قوله ﴿ وَتُكْرَهُ إعارَةُ الأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مَحْرَمِهَا ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والفائق .

قال في الفروع : هذا الأشهر . وقدمه في النظم .

قال الحارثي ، قال أصحابنا : يكره تنزيها .

وتقدم قول – جزم به في التبصرة ، والكافي ، والوجيز – بتحريمه .

قال ابن عقيل : لا تجوز إجارتها من العزاب .

قلت : وهو الصواب . وقال الناظم :

وأن يستعير المشتهاة أجنبي   إن تُخَفْ خلوة . والحظر لما أبعد

وقال في المغني : لاتجوز إعارتها إن كانت جميلة ، إن كان يخلوبها أو ينظر إليها

وقال في التلخيص : إن كانت بَرْزة جاز إعارتها مطلقاً .

قال في البلغة : تكره إعارة الجارية من غير محرم أو امرأة ، إلا أن تكون برزة .

قوله ﴿ وَلِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ مَتَى شَاء ، مَا لَمْ يَأْذَنْ ﴾ أى المعير فى شغله ﴿ بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب فى الجملة .

قال الحارثى : عليه أكثر الأصحاب .

وعنه : إن عين مدة تعينت .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وعنه : لايملك الرجوع قبل انتفاعه بها ، مع الإطلاق .

قال القاضى : قياس المذهب يقتضيه . ذكره فى التعليق الكبير

قال القاضى : القبض شرط فى لزومها .

وقال أيضاً : يحصل بها الملك مع عدم قبضها .

وقال ابن عقيل فى مفرداته ، فى ضمان المبيع المتعين بالعقد : الملك أبطأ حصولا وأكثر شروطاً من الضمان ، بإباحة الطعام بتقديمه إلى مالكه ، وضمان المنفعة بعارية العين ، ولا ملك . فإذا حصل بالتعيين هذا الإبطاء . فأولى حصول الإسراع . وهو الضمان .

قال الحارثى : وقال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف : له الرجوع قبل الانتفاع ، حتى بعد وضع الخشب ، وقبل البناء عليه .

قال : وهو مشكل على المذهب جداً . فإن المالك لا يملك الامتناع من الإعارة ابتداء . فكيف يملكه بعد ؟ اللهم إلا أن يحمل على حالة ضرر المالك أو حاجته إليه . انتهى .

قلت : يتصور ذلك فى غير ماقال . وهو : حيث لم تلزم الإعارة لتخلف شرط أو وجود مانع . على ماتقدم .

فائدة : قال أبو الخطاب : لا يملك مكيل وموزون بلفظ العارية . و إن سلم . و يكون قرضاً . فإنه يملك به و بالقبض .

وقال فى الانتصار : لفظ « العارية » فى الأثمان قرض .

وقال فى المغنى والشرح : وإن استعارهما للنفقة : فقرض .

وقيل : لا يجوز .

ونقل صالح : منحة لبن : هو العارية . ومنحة ورق : هو القرض .

وذكر الأزجى خلافاً فى صحة إعارة دراهم ودنانير للتجمل والزينة .

وقال فى التلخيص ، والرعاية ، وغيرهما : يصح إعارة أحد النقدين للوزن والتزيين .

زاد فى الرعاية : لتزيين امرأة ، أو مكان .

وقال فى القاعدة الثامنة والثلاثين : لو أعاره شيئاً وشرط عليه العوض . فهل يصح أم لا ؟ على وجهين .

أحدهما : يصح . ويكون كناية عن القرض . فيملك بالقبض إذا كان مكيلا أو موزوناً . ذكره فى الانتصار ، والقاضى فى خلافه .

وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، فى موضع : يصح عندنا شرط العوض فى العارية . انتهى .

والوجه الثانى : تفسد بذلك .

وجعله أبو الخطاب فى موضع آخر المذهب . لأن العوض يخرجها عن موضوعها .

قوله ﴿ وَإنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ : لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيِّتُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقيل : حتى يبلى ويصير رميما .

وقال ابن الجوزى : يخرج عظامه ، ويأخذ أرضه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشَبِهِ : لَمْ يَرْجِعْ مَادَامَ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وفيه احتمال بالرجوع ، ويضمن نقصه .

قوله ﴿ فَإِنْ سَقَطَ عَنْهُ لِهَدْمٍ أَوْ غَيْرِهِ : لَمْ يَمْلِكْ رَدَّهُ ﴾ .

هذا المذهب . سواء أعيد الحائط بآلته الأولى ، أو بغيرها . جزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفائق ، والمحرر ، وغيرهم .

قال الحارثى : قاله المصنف ، والقاضى ، وابن عقيل فى آخرين من الأصحاب

قال : وقال القاضى ، والمصنف ، فى باب الصلح : له إعادته إلى الحائط .

قال : وهو الصحيح اللائق بالمذهب . لأن البيت مستمر . فكان الاستحقاق مستمراً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلزَّرْعِ : لَمْ يَرْجِعْ إِلَى الحَصَادِ ، إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُحْصَدُ قَصِيلاً . فَيَحْصُدُهُ فى وقت قصله عرفاً ﴾ بلا نزاع .

ويأتى حكم الأجرة من حين رجوعه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهَا لِلْغَرْسِ وَالبِنَاءِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ القَلْعَ فِى وَقْتٍ ، أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ : لَزِمَهُ القَلْعُ ﴾ بلا نزاع مجاناً .

وقوله ﴿ وَلاَ يَلْزَمُهُ تَسْوِيَةُ الأَرْضِ إِلاَّ بِشَرْطٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، والحارثى فى شرحه ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يلزمه . وجزم به فى المستوعب . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

وإن شرط على المستعير القلع ، وشرط عليه تسوية الأرض : لزمه مع القلع تسويتها . قطع به الأصحاب .

وإن شرط عليه القلع ، ولم يشرط عليه تسوية الأرض : لم يلزمه تسويتها . على الصحيح من المذهب . قطع به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وشرح الحارثى ، والقواعد الفقهية ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ولا يلزم المستعير تسوية الحفر .

قال جماعة ، وقيل : يلزمه والحالة هذه .

قال فى القواعد : إن شرط المعير عليه قلعه : لزمه ذلك ، وتسوية الأرض . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهِ القَلْعَ : لَمْ يَلْزَمْهُ ، إلاّ أَنْ يَضْمَنَ المعِيْرُ النَّقْصَ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعند الحلوانى : لا يضمن النقص .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الأَرْضِ ﴾ .

يعنى : إذا قلعه المستعير ، والحالة ماتقدم ، فعليه تسوية الأرض . ولم يشترط عليه المعير القلع ، فعليه تسوية الأرض . وهذا أحد الوجهين .

واختاره جماعة . منهم : المصنف فى الكافى . وجزم به فيه ، وفى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز وغيرهم . وهو احتمال فى المغنى . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع . وقدمه فى الشرح . وهذا المذهب . على ما اصطلحناه فى الخطبة .

والوجه الثانى : لايلزمه تسوية الأرض . اختـاره القاضى ، وابن عقيل . وقطع به فى المستوعب .

قال فى الفروع : ولا يلزم المستعير تسوية الحفر . قاله جماعة كما تقدم .

فإن قال ذلك بعد ما ذكر شرط القلع وعدم شرطه . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى القاعدة الثامنة والسبعين .

وعند المصنف : لا يلزمه تسوية الأرض إلا مع الإطلاق .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى القَلْعَ فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ ﴾ .

يعنى إذا أبى المستعير القلع فى الحال التى لايجبر فيهـا : فللمعير أخذه بقيمته . نص عليه فى رواية مهنا ، وابن منصور .

وكذا نقل عنه جعفر بن محمد ، لـكن قال فى روايته : يتملـكه بالنفقة .

قال الحارثى : ولابد من رضى المستعير . لأنه بيع . وهو الصحيح . فإن أبى ذلك ـ يعنى المعير ـ من دفع القيمة ، وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ، ودفع الأجر : بيعا لهما . فإن أبيا البيع ترك بحاله .

قال فى الرعاية الـكبرى : فإن أبياه بقي فيها مجاناً فى الأصح ، حتى يتفقا . وقلت : بل يبيعهما الحاكم . انتهى .

فلو أبى أحدهما . فهل يجبر على البيع مع صاحبه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يجبر . قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير : أجبر فى أصح الوجهين وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

والوجه الثانى : لايجبر . صححه الناظم . وتجريد العناية ، وتصحيح المحرر .

فائدة : يجوز لـكل واحد منهما بيع ماله منفرداً لمن شاء . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : لا يبيع المعير لغير المستعير .

قوله ﴿ وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَيْهِ أُجْرَةً مِنْ حِينَ الرُّجُوعِ ﴾

يعنى : فيما تقدم . من الغراس والبناء .

﴿ وَذَكَرُوا عليه أُجْرَةً فِي الزَّرْعِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَيُخَرَّجُ فِيهِمَا . وَفِي سَائِرِ المسَائِلِ وَجْهَانِ ﴾ .

ذكر الأصحاب : أن عليه الأجرة فى الزرع من حين الرجوع . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وأصحابه .

واختار المجد فى المحرر : أنه لا أجرة له . وخرجه المصنف هنا وجهاً .

قال فى القواعد : و يشهد له ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية صالح .

وصححه الناظم ، والحارثى ، وتصحيح المحرر . وجزم به فى الوجيز .

وأما الغراس ، والبناء والسفينة إذا رجع وهى فى لجة البحر ، والأرض إذا أعارها للدفن ، ورجع قبل أن يبلى الميت ، والحائط إذا أعاره لوضع أطراف الخشب عليه ورجع ، ونحو ذلك : فلم يذكر الأصحاب أن عليه أجرة من حين الرجوع

وخرج المصنف فى ذلك كله من الأجرة فى الزرع وجهين .

وجه بعدم الأجرة . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه فى الرعايتين .

ومال الحارثى إلى عدم التخريج . وأبدى فرقا .

ووجه بوجوبها . قياساً على ماذكره فى الفروع . وأطلق هذين الوجهين فى الفائق ، والحاوى الصغير .

وخرجه بعضهم فى الغراس والبناء لا غير .

وخرجه بعضهم فى الجميع . أعنى : وجوب الأجرة فى الجميع .

وجزم فى المحرر : أنه لا أجرة بعد رجوعه فى مسألة إعارة الأرض للدفن ، والحائط لوضع الخشب ، والسفينة .

وجزم فى التبصرة بوجوب الأجرة فى مسألة السفينة .

واختاره أبو محمد يوسف الجوزى فيما سوى الأرض للدفن .

قوله ﴿ وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ ، فَنَبَتَ فِيهَا . فَهُوَ لِصَاحِبِهِ مُبَقًّى إِلَى الحَصَادِ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ ﴾ وهو المذهب .

قال فى الرعايتين ، والفروع : فلصاحب الأرض أجرة مثله ، فى الأصح .

وصححه فى النظم ، والحارثى . وجزم به فى الوجيز . ونص عليه .

قال فى القاعدة التاسعة والسبعين : لو حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها . فهل يلحق بزرع الغاصب ، أو بزرع المستعير ، أو المستأجر من بعد انقضاء المدة ؟ على وجهين . أشهرهما : أنه كزرع المستعير . وهو اختيار القاضى ، وابنه أبى الحسين ، وابن عقيل .

وذكره أبو الخطاب عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والتلخيص .

فعلى هذا : قال القاضى : لا أجرة له . واختاره ابن عقيل أيضاً . ذكره فى القواعد .

وقيل : له الأجرة . وذكره أبو الخطاب أيضاً عن الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما فى القواعد .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لِصَاحِبِ الأرض أَخْذَهُ بِقِيمَتِهِ ﴾

قال فى الهداية ، ومن تابعه : وقيل : هو لصاحب الأرض . وعليه قيمة البذر .

وزاد فى الرعايتين : وقيل : بل بقيمته إذن .

زاد فى الكبرى : ويحتمل أنه كزرع غاصب .

وتقدم كلام صاحب القواعد .

وتقدم في آخر المساقاة « إذا نبت الساقط من الحصاد في عام قابل : أنه يكون لرب الأرض ، على الصحيح من المذهب » .

قوله ﴿ وَإِنْ حَمَلَ غَرْسَ رَجُلٍ فَنَبَتَ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ . فَهَلْ يَكُونُ كَغَرْسِ الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرْسِ الغَاصِبِ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما في المغني ، والشرح .

أحدهما : يكون كغرس الشفيع . على مايأتي في بابه . وهو المذهب .

قال الناظم : هذا الأقوى . وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير

الوجه الثاني : هو كغرس الغاصب . على مايأتي في بابه . جزم به في الوجيز .

وقال في الرعاية الكبرى « قلت : بل كغرس مشتري شقص له شفعة ، وعلى كل حال يلزم صاحب الغرس تسوية الحفر

تنبيه : قوله « فهل يكون كغرس الشفيع ؟ » فيه تساهل . وإنما يقال : فهل هو كغرس المشتري الشقص الذي يأخذه الشفيع ؟ ولهذا قال الحارثي : وهو سهو وقع في الكتاب . انتهى .

مع أن المصنف تابعه جماعة . منهم صاحب الفائق ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير .

فوائد

الأولى : وكذا حكم النوى ، والجوز واللوز : إذا حمله السيل فنبت .

الثانية : لو ترك صاحب الزرع أو الشجر لصاحب الأرض الذي انتقل إليه من ذلك : لم يلزمه نقله ولا أجرة . ولا غير ذلك .

الثالثة : لو حمل السيل أرضاً بشجرها . فنبتت في أرض أخرى كما كانت . فهي لمالكها ، يجبر على إزالتها . ذكره في المغني ، والشرح ، والفائق .

فائدة : قوله ﴿ وَحُكْمُ المستَعِيرِ فِي اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ : حُكْمُ المُسْتَأْجِرِ ﴾ .

يعنى أنه كالمستأجر فى استيفاء المنفعة بنفسه . وبمن قام مقامه ، وفى استيفائها بعينها ، وما دونها فى الضرر من نوعها ، إلا أنهما يختلفان فى شيئين .

أحدهما : لا يملك الإعارة ولا الإجارة ، على ما يأتى .

الثانى : الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع . فلو أعاره مطلقاً : ملك الانتفاع بالمعروف فى كل ما هو مهيأ له ، كالأرض مثلاً . هذا الصحيح .

وفيه وجه : أنها كالإجارة فى هذا . ذكره فى التلخيص وغيره .

ذكر ذلك الحارثى ، وغيره .

قوله ﴿ وَالْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ بِقِيمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ ، وَإِنْ شَرَطَ نَفْىَ ضَمَانِهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال الحارثى : نص الإمام أحمد رحمه الله على ضمان العارية ، وإن لم يتعد فيها كثير متكرر جداً من جماعات ، وقف على رواية اثنين وعشرين رجلاً ، وذكرها .

قال فى الفروع : وقاس جماعة هذه المسألة على المقبوض على وجه السوم . فدل على رواية مخرجة . وهو متجه . انتهى .

وذكر الحارثى خلافاً لا يضمن .

وذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله عن بعض الأصحاب . واختاره ابن القيم رحمه الله فى الهدى .

قوله ﴿ وَعَنْ الإِمَامُ أَحْمَد رحمه الله : أَنَّهُ ذُكِرَ لَهُ ذَلِكَ ، فَقَالَ « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » فَيَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ ﴾ .

فهذه رواية بالضمان إن لم يشرط نفيه . وجزم بها فى التبصرة .

وعنه : يضمن إن شرطه ، وإلا فلا . اختاره أبو حفص العكبرى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

وقوله ﴿ وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَةً لاَ يَصِيرُ مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : المسلمون على شروطهم ، كما تقدم .

فائدة : لا يضمن الوقف إذا استعاره وتلف بغير تفريط . ككتب العلم وغيرها فى ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب . قاله فى الفروع .

وعلى هذا لو استعاره برهن ثم تلف : أن الرهن يرجع إلى ربه .

قلت : فيعايى بها فيهما .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالاسْتِعْمَالِ ، كَخَمَلِ الْمِنْشَفَةِ . فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أصلهما احتمالان للقاضى فى المجرد . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى .

أحدهما : لا يضمن إذا كان استعمالها بالمعروف . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يضمن فى الأصح . وصححه فى التصحيح ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحارثى ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية ، وغيرهم . وقطع به فى التعليق ، والمحرر .

والوجه الثانى : يضمن . وكلامه فى الوجيز محتمل . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فائدتان

إحداهما : لو تلفت كلها بالاستعمال بالمعروف ، فحكمها كذلك . وكذا الحكم والمذهب لو تلف ولد العارية أو الزيادة .

وفى ضمان ولد المؤجرة والوديعة الوجهان .

وتقدم فى أثناء باب الضمان — فى أواخر المقبوض على وجه السوم — حكم ولد الجناية ، والضامنة ، والشاهدة ، والموصى بها .

ويأتى حكم ولد المكاتبة ، والمدبرة فى بابيهما .

الثانية : يقبل قول المستعير بأنه ماتعدى بلا نزاع .

ولا يضمن رائض ووكيل . لأنه غير مستعير .

قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وقدمه فى الشرح ونصره . وصححه فى النظم ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والبلغة ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الحارثى : هذا المشهور فى المذهب . وحكاه جمهور الأصحاب . انتهى .

وقيل : له ذلك .

قال الشارح : وحكاه صاحب المحرر قولاً للإمام أحمد رضى الله عنه .

وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع . وقال : أصلهما هل هى هبة منفعة ، أم إباحة منفعة ؟ فيه وجهان .

وكذا هو ظاهر بحث المصنف فى المغنى ، والشرح .

قال الحارثى : أصل هذا : ماقدمنا من أن الإعارة إباحة منفعة .

وقال عن الوجه الثانى : يتفرع على رواية اللزوم فى العارية المؤقتة . انتهى .

قلت : قطع فى القاعدة السابعة والثمانين بجواز إعارة العين المعارة المؤقتة إذا قيل بلزومها ، وملك المنفعة فيها . انتهى .

قلت : وظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم : أن الخلاف هنا ليس مبنيا . فإنهم قالوا : هى هبة منفعة .

وقالوا : ليس للمستعير أن يعير .

قال فى الفروع : ويتوجه عليهما تعليقها بشرط . وذكر فى المنتخب أنه يصح .

قال فى الترغيب[1] : يكفى مادل على الرضى من قول أو فعل . فلو سمع من يقول : أردت من يعيرنى كذا . فأعطاه : كفى . لأنه إباحة عقد . انتهى .

وقيل : له أن يعيرها إذا وقت له المعير وقتا ، وإلا فلا .

فائدتان

إحداهما : محل الخلاف إذا لم يأذن المعير له . فأما إن أذن له : فإنه يجوز قولاً واحداً . وهو واضح .

الثانية : ليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره بغير إذن المعير ، على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : له ذلك فى الإعارة المؤقتة .

ومتى قلنا بصحتها ، فإن المستأجر لا يضمن . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمن .

قلت : فيعايى بها .

---

(١) بهامش الأصل فى نسخة : التبصرة .

وتقدم عكسها فى الإجارة عند قوله « وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه و بمثله »
وهو لو أعار المستأجر العين المؤجورة فتلفت عند المستعير من غير تعد : هل يضمنها ؟
وتقدم فى باب الرهن جواز رهن المعار وأحكامه . فليعاود .
وتقدم حكم سهم الفرس المستعار فى كلام المصنف فى باب قسمة الغنائم .

فوائد

منها : لو قال إنسان : لا أركب الدابة إلا بأجرة . وقال ربها : لا آخذ لها أجرة ، ولاعقد بينهما . فركبها وتلفت ، فحكمها حكم العارية . وجزم به فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، وقال : قلت إن قدر إجارتها فهى إجارة مهدرة ، و إلا فلا .

ومنها : لو أركب دابته منقطعا لله تعالى ، فتلفت تحته : لم يضمن . على الصحيح من المذهب . جزم به فى التلخيص ، والحاوى الصغير ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : يضمن .

ومنها : لو أردف المالك شخصا ، فتلفت : لم يضمن شيئاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمن نصف القيمة . ومال إليه الحاوى .

قوله ﴿ وَعَلَى المُسْتَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّ العَارِيَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به . منهم المصنف ، والشارح ، والحلوانى فى التبصرة ، وصاحب المحرر ، والفروع ، والوجيز ، وابن منجا فى شرحه ، وغيرهم .

وقيل : مؤنة ردها على المالك . ذكره فى القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى اصْطَبْلِ المَالِكِ أَوْ غُلَامِهِ : لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . إلا أن صاحب الرعايتين اختار عدم الضمان بردها إلى غلامه .

قوله ﴿ إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جرتْ عَادَتُهُ بِجَرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ كَالسَّائِسِ وَنَحْوِهِ ﴾ .

كزوجته ، والخازن ، والوكيل العام فى قبض حقوقه . قاله فى المجرد . وهذا المذهب . أعنى : أنه لا يضمن إذا ردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده . وعليه جماهير الأصحاب .وقطع به كثير منهم .

وعند الحلوانى لا يبرأ بدفعها إلى السائس .

فظاهر ما قدمه فى المستوعب : أنه لا يبرأ إلا بدفعها إلى ربها ، أو وكيله فقط ، ويأتى نظير ذلك فى الوديعة .

فائدة : لو سلم شريك لشريكه الدابة ، فتلفت بلا تفريط ولا تعد ، بأن ساقها فوق العادة ونحوه : لم يضمن . قاله الشيخ تقى الدين رحمه الله ، واقتصر عليه فى الفروع .

قلت : وهو الصواب .

قال فى الفروع : ويتوجه كعارية إن كان عارية ، وإلا لم يضمن .

قلت : قال القاضى فى المجرد : يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه . فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك أمانة .

وقال فى الفنون : بل عارية مضمونة .

ويأتى ذلك فى قبض الهبة .

قوله ﴿ وَإِذَا اخْتَلَفَا . فَقَالَ : أَجَرْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَعَرْتَنِى ﴾ إذا كان الاختلاف ﴿ عَقِيبَ العَقْدِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ ﴾ بلا نزاع والحالة هذه . فلا يغرم القيمة .

﴿ وَإِن كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أُجْرَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ فِيمَا مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ ﴾ هذا الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : وبعد مضى مدة لها أجرة يقبل قول المالك فى الأصح فى

ماضيها ، وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال الحارثى : هو قول معظم الأصحاب .

وقيل : القول قول الراكب . اختاره ابن عقيل فى تذكرته .

قال فى المستوعب : وهو محمول على ما إذا اختلفا عقب قبض العين ، وقبل انتفاع القابض . يعنى : المسألة الأولى .

قال فى التلخيص : وعندى أن كلامه على ظاهره . وعلله .

فعلى المذهب : يحلف على نفى الإعارة .

وهل يتعرض لإثبات الإجارة ؟

قال الحارثى : ظاهر كلام المصنف والأكثرين : التعرض .

وقال فى التلخيص : لايتعرض لإثبات الإجارة ، ولا للأجرة المسماة . وقطع به .

قال الحارثى : وهو الحق .

فعلى هذا الوجه : يجب أقل الأجرين من المسمى ، أو أجرة المثل . جزم به فى التلخيص .

قوله ﴿ وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أُجْرَةَ الْمِثْلِ أَوِ الْمُدَّعَي إِنْ زَادَ عَلَيْهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الفائق ، وشرح ابن منجا ، والمحرر .

أحدهما : له أجرة المثل . وهو الصحيح من المذهب . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، وتصحيح المحرر ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يستحق المدعى إن زاد على أجرة المثل .

وقيل : له الأقل من المسمى ، وأجرة المثل . اختاره في المحرر . وأطلقهن الحارثي .

وقيل : يستحق المسمى مطلقاً .

فائدتان

إحداهما : وكذا الحكم لو ادعى بعد زرع الأرض أنها عارية . وقال رب الأرض : بل إجارة . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قلت : وكذا جميع ما يصلح للإجارة والإعارة ، إذا اختلفا بعد مضي مدة لها أجرة .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَعَرْتُكَ . قَالَ: بَلْ أَجَّرْتَنِي ، وَالبَهِيمَةُ تَالِفَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا مثلها في الحكم لو قال : أعرتني . قال : بل أودعتك . فالقول قول المالك . ويضمن ما انتفع منها . وكذا لو اختلفا في ردها . فالقول قول المالك .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَعَرْتَنِي ، أَوْ أَجَّرْتَنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المَالِكِ ﴾ .

في أنه ما أجر ولا أعار بلا نزاع . ثم هنا صورتان .

إحداهما : أن يقول : أعرتني . فيقول المالك : بل غصبتني . فإن وقع الاختلاف عقيب العقد ، والدابة باقية : أخذها المالك ، ولا معنى للاختلاف . وكذا إن كانت تالفة . قاله المصنف وغيره .

قال الحارثي : ويحلف . على أصح الوجهين .

وإن وقع بعد مضي مدة لها أجرة . فيجب عليه أجرة المثل . لأن القول

قول المالك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وصححوه .

وقيل : القول قول الراكب . وأطلقهما فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

الصورة الثانية : قال أجرتنى . قال : بل غصبتنى . فالقول قول المالك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وصححوه .

وقيل : القول قول الراكب .

تنبيهان

أحدهما : ثمرة الخلاف تظهر فى هـذه الصورة مع التلف . فتجب القيمة على المذهب .

وعلى الثانى : لا شىء على الراكب . ويحلف ويبرأ .

ومع عدم التلف يرجع بالعين فى الحال مع اليمين بلا نزاع . ولا يأتى الوجه الآخر هنا . قاله الحارثى .

وأما الأجرة : فمتفقان عليها . اللهم إلا أن يتفاوت المسمى وأجرة المثل . فإن كان أجر المثل أقل أخذه المالك . وكذلك لو استويا ، ويحلف . على الصحيح . وإن كان الأجر أكثر حلف ولا بد وجهاً واحداً . قاله الحارثى .

الثانى : قوله ﴿ وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ﴾ فيه تجوز .

قال الحارثى : وليس بالحسن . وكان الأجود أن يقول : القابض أو الراكب ونحوه . إذ قبول القول ينافى كونه غاصباً . انتهى .

فائدة : لو قال المالك : أعرتك . قال : بل أودعتنى . فالقول قول المالك ، ويستحق قيمة العين إن كانت تالفة .

ولو قال المالك : أودعتك . قال : بل أعرتنى . فالقول قول المالك أيضاً . ويستحق أجرة ما انتفع بها . فهو كما لو قال : غصبتنى . ذكرهما فى المستوعب وغيره .

كتاب الغصب

قوله ﴿ وَهُوَ الاسْتِيلَاءُ عَلَى مَالِ الغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمذهب الأحمد ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وليس بجامع . لعدم دخول غصب الكلب ، وخمر الذمى ، والمنافع ، والحقوق ، والاختصاص .

قال الحارثى : وحقوق الولايات ، كمنصب الإمارة ، والقضاء .

قال الزركشى : الاستيلاء يستدعى القهر والغلبة . فإذن قوله « قهراً » زيادة فى الحد . ولهذا أسقطه فى المغنى . انتهى .

قلت : الذى يظهر : أن « الاستيلاء » يشمل القهر والغلبة وغيرهما . فلو اقتصر على الاستيلاء لورد عليه المسروق ، والمنتهب ، والمختلس . فإن ذلك لا يسمى غصباً . و يقال : استولى عليه .

وقال فى المطلع : فلو قال « الاستيلاء على حق غيره » لصح لفظاً وعم معنى . انتهى

وقوله « لصح لفظاً » لكون المصنف أدخل الألف واللام على « غير » .

قال : والمعروف عند أهل اللغة عدم دخولهما عليها .

قلت : قد حكى النووى رحمه الله فى تهذيب الأسماء واللغات عن غير واحد من أهل العربية : أنهم جوزوا دخولهما على « غير » .

وممن أدخل الألف واللام على « غير » من الأصحاب : من تقدم ذكره ، وصاحب المحرر ، والرعايتين ، والحارثى .

وقال فى الرعايتين : هو الاستيلاء على مال الغير قهراً ظلماً .

و يرد عليه ما تقدم .

وقال فى الفروع ـ تبعاً للحارثى ـ هو الاستيلاء على حق غيره قهراً ظلماً .

قال الحارثى : هذا أسد الحدود .

قلت : فهو أولى من حد صاحب المطلع وأمنع . فإنه يرد على حد صاحب المطلع : لو استولى على حق غيره من غير ظلم ولا قهر : أنه يسمى غصباً . وليس كذلك . اللهم إلا أن يكون مراده ذلك مع بقية حد المصنف . وهو الظاهر .

وقال فى الوجيز : هو الاستيلاء على حق غيره ظلماً .

و يرد عليه ما أخذ من غير قهر .

وقال فى تجريد العناية : هو استيلاء غير حربى على حق غيره قهراً بغير حق

قلت : هو أصح الحدود وأسلمها .

و يرد على حد غيره : استيلاء الحربى . فإنه استيلاء على حق غيره قهراً بغير حق . وليس بغصب . على ما يأتى قريباً فى كلام الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وقال فى المحرر : هو الاستيلاء على مال الغير ظلماً .

وتابعه فى الفائق ، و إدراك الغاية . ومعناه فى الكافى ، والعمدة ، والمغنى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : وقوله « على مال الغير ظلماً » يدخل فيه مال المسلم ، والمعاهد . وهو المال المعصوم . و يخرج منه استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب. فإنه ليس بظلم .

و يدخل فيه استيلاء أهل الحرب على مال المسلمين . وليس بجيد ، فإنه ليس من الغصب المذكور حكمه . وهذا بإجماع المسلمين . إذ لا خلاف أنه لا يضمن بالإتلاف ، ولا بالتلف . و إنما الخلاف فى وجوب رد عينه إذا قدرنا على أخذه . وأما أموال أهل البغى ، وأهل العدل : فقد لا يرد . لأنه هناك لا يجوز الاستيلاء على عينها . ومتى أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت . و إنما الخلاف فى ضمانها بالإتلاف وقت الحرب .

و يدخل فيه ما أخذه الملوك والقطاع من أموال الناس بغير حق من المكوس وغيرها .

فأما استيلاء أهل الحرب بعضهم على بعض : فيدخل فيه . وليس بجيد .

لأنه ظلم . فيحرم عليهم قتل النفوس ، وأخذ الأموال إلا بأمر الله .

لكن يقال : لما كان المأخوذ مباحاً بالنسبة إلينا لم يصر ظلماً فى حقنا ، ولا فى حق من أسلم منهم .

فأما ما أخذ من الأموال والنفوس ، أو أتلف منهما فى حال الجاهلية : فقد أقر قراره . لأنه كان مباحاً . لأن الإسلام عفا عنه . فهو عفو بشرط الإسلام . وكذا بشرط الأمان . فلو تحاكم إلينا مستأمنان حكمنا بالاستقرار . انتهى .

قلت : و يرد عليه ماورد على المصنف وغيره مما تقدم ذكره .

و يرد عليه أيضاً المسروق ، والمختلس ، ونحوهما .

قوله ﴿ وَيُضْمَنُ الْعَقَارُ بِالْغَصْبِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . حتى إن القاضى وأكثر أصحابه لم يذكروا فيه خلافاً .

وعنه : مايدل على أن العقار لايضمن بالغصب . نقله ابن منصور .

فائدتان

إحداهما : يحصل الغصب بمجرد الاستيلاء قهراً ظلماً ، كما تقدم . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يعتبر فى غصب ماينقل نقله . وجزم به فى التلخيص ، إلا مااستثناه فيه. وفى الترغيب . فقال : إلا فى ركوبه دابة ، وجلوسه على فراش . فإنه غاصب . وأطلق الوجهين فى الرعاية .

وقال : ومن ركب دابته ، أو جلس على فراشه ، أو سريره قهراً : فهو غاصب .

الثانية : قال فى القاعدة الحادية والتسعين : من الأصحاب من قال : منفعة البُضع لاتدخل تحت اليد . و به جزم القاضى فى خلافه ، وابن عقيل فى تذكرته ، وغيرهما . وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المغصوبة . وأن الغاصب لايضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالكبر .

وخالف ابن المنى . وجزم فى تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح .

وذكر فى الحرة تردداً ، لامتناع ثبوت اليد عليها .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ كَلْباً فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَمرَ ذِمِّيٍّ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

وذكر فى الانتصار : لاترد الخمر . وتلزم إراقتها إن حُدَّ ، وإلا لزمه تركه .

وعليهما يخرج تعذير مريقه .

وقال فى القواعد الأصولية : لو غصب مسلم خمر ذمِّيٍّ : انبنى وجوب ردها على ملكها لهم . وفيه روايتان . حكاهما القاضى يعقوب وغيره .

إحداهما : يملكونها . فيجب الرد . وهذا قول جمهور أصحابنا .

والثانية : لا يملكونها . فينبغى وجوب الرد .

وقد يقال : لا يجب .

واتفق الأصحاب على إراقتها إذا أظهرها . ولو أتلفها لم يضمنها عند الجمهور .

وخرج أبو الخطاب وجهاً بضمان قيمتها . إذا قلنا : إنها مال لهم . وأباه الأكثرون .

وحكى لنا قول : يضمنها الذمى للذمى .

وقال فى الترغيب ، وعيون المسائل : ترد الخمر المحترمة ، ويرد ماتخلل بيده إلا ماأريق فجمعه آخر فتخلل . لزوال يده هنا .

وتقدم فى أول باب إزالة النجاسة : أن الصحيح : أن لنا خمراً محترمة . وهى خمرة الخلال .

ويأتى فى حد المسكر : هل يحد الذمى بشربها فى كلام المصنف .

تنبيهاته

أحدهما : محل الخلاف إذا كانت مستورة . فأما إذالم تكن مستورة فلا يلزمه ردها . قولا واحداً .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : أنه لو غصب خمر مسلم لايلزمه رده . وهو صحيح . لكن لو تخللت فى يد الغاصب وجب ردها . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والأصحاب . لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب . فكأنها تخللت فى يده . قاله فى القاعدة الخامسة والثمانين .

وقال : واختلفت عبارات الأصحاب فى زوال الملك بمجرد التخمير . فأطلق الأكثرون الزوال . منهم القاضى ، وابن عقيل .

وظاهر كلام بعضهم : أن الملك لم يزل . منهم صاحب المغنى فى كتاب الحج . وفى كلام القاضى مايدل عليه .

وبكل حال لو عاد خلا عاد الملك الأول بحقوقه من ثبوت الرهنية وغيرها . حتى لو خلف خمراً وديناً فتخللت : قضى منه دينه . ذكره القاضى فى المجرد ، فى الرهن . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَهُ : لَمْ يَلْزَمْهُ قِيمَتُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يلزمه قيمة الخمر .

وخرج يضمنها الذمى بمثلها .

قال فى الفروع : وعنه يرد قيمتها . وقيل : ذمى .

وقال فى الإيضاح : يضمن الكلب .

ويأتى قريباً إذا صاد بالكلب وغيره من الجوارح : هل يرد الصيد ، وتلزمه الأجرة أيضاً أم لا ؟ فى كلام المصنف .

وتقدم أول الضمان « إذا أسلم المضمون له ، أو المضمون عنه . هل يسقط الدين إذا كان خمراً ؟ » .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ جِلْدَ الْمَيْتَةِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والرعاية الصغرى ، والحاوى ، والفائق ، وغيرهم . وهما مبنيان على طهارته بالدبغ وعدمها .

فإن قلنا : يطهر بالدبغ : وجب رده . وإن قلنا : لا يطهر بالدبغ : لم يجب رده .

وقد علمت أن المذهب : لا يطهر بدبغه . فلا يجب رده هنا .

هذا هو الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا وغيرهم .

وقدم هذه الطريقة فى الكافى ، والفروع ، وشرح ابن رزين ، وغيرهما .

وقيل : لايجب رده . ولو قلنا : يطهر بالدبغ

وقال فى الفروع : وفى رد جلد ميتة وجهان . وقيل : ولو طهر .

فظاهره : أن المقدم عنده : أن الخلاف على القول بعدم الطهارة .

قوله ﴿ فَإِنْ دَبَغَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وجزم به ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لايلزمه رده ، لصيرورته مالاً بفعله ، بخلاف الخمرة المتخللة . وهو احتمال للمصنف ، والشارح .

قال الحارثى : وفى هذا الفرق بحث .

وأطلق فى الفروع فى لزوم رده إذا دبغه الغاصب وجهين .

قال الحارثى : وإن كان الغاصب دبغه ، ففى رده الوجهان المبنيان .

وإن قلنا : لايطهر لم يجب رده ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به فى اليابسات . وكذلك قبل الدبغ . وجزم به الحارثى فى شرحه .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف ، كما تقدم .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن غصب جلد متية فأوجه : الرد ، وعدمه .

والثالث : إن قلنا : يطهر بدبغه ، أو ينتفع به فى يابس : رده ، وإلا فلا .

وإن أتلفه فهدر . وإن دبغه ـ وقلنا : يطهر ـ رده . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَوْلَى عَلَى حُرٍّ : لَمْ يَضْمَنْهُ بِذَلِكَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير : ولا يضمن حر بغصبه فى الأصح .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب . لأن اليد لايثبت حكمها على الحر .

وفى التلخيص وجه بثبوت اليد عليه .

وبنى على هذا : هل لمستأجر الحر إيجاره من آخر ؟ إن قيل : بعدم الثبوت امتنع الإيجار . وإنما هو يسلم نفسه ، وإلا فلا يمتنع .

فعلى المذهب : لو غصب دابة عليها مالكها ومتاعه : لم يضمن ذلك الغاصب قاله القاضى فى الخلاف الكبير . واقتصر عليه فى القاعدة الثامنة والتسعين .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يَكُونَ صَغِيراً . فَفِيهِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والرعاية الـكبرى ، والقواعد الفقهية ، والشرح ، والفائق والحارثى .

أحدهما : لايضمنه . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز وشرح ابن رزين ، وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره وهو ظاهرماقطع به فى الهداية والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يضمنه . قدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير

وقدم فى النظم : أن الصغير لو لدغ أو صعق : وجوب الدية .

وقال ابن عقيل : لا تجب ، كما لو مرض . على الصحيح .

ويأتى هذا فى أوائل كتاب الديات فى كلام المصنف .

فعلى المذهب : هل يضمن ثيابه وحليته ؟ على الوجهين . وأطلقهما فى الشرح ، والنظم ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير ، والرعايتين .

أحدهما : يضمنها . صححه فى التصحيح ، والفائق .

قال الحارثى : وهو أصح .

والوجه الثانى : لايضمنها . جزم به فى المغنى ، والوجيز .

فائدة : وكذا الحـكم والخلاف فى أجرته مدة حبسه ، على مايأتى ، وإيجار المستأجر له . قاله فى الفروع . وجزم فى الوجيز هنا بوجوب الأجرة .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَعْمَلَ الْحُرَّ كُرْهًا فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

ولو منعه العمل من غير حبس ، ولو عبداً . لم يلزمه أجرته . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق وغيرهم .

قال فى الفروع : ويتوجه بلى فيهما .

قلت : وهو الصواب . وهو فى العبد آكد .

وقال فى الترغيب : فى منفعة حر وجهان .

وقال فى الانتصار : لايلزمه بإمساكه . لأن الحر فى يد نفسه ، ومنافعُه تلفت معه . كما لايضمن نفسه وثوبه الذى عليه ، بخلاف العبد .

وكذا قال فى عيون المسائل : لايضمنه إذا أمسكه . لأن الحر فى يد نفسه ، ومنافعه تلفت معه . كما لايضمن نفسه وثوبه الذى عليه ، بخلاف العبد . فإن يد الغاصب ثابتة عليه ، ومنفعته بمنزلته .

قوله ﴿ وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ يَلزَمُهُ أَجْرَتُهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وهما احتمالان فى الهداية . وأطلقهما فيها ، وفى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أحدهما : يلزمه . وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : لايلزمه . صححه الناظم .

قال الحارثى : وهو الأصح . وعليه دل نصه .

وتقدم فى التى قبلها مايستأنس به فى هذه المسألة .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ : لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ إن أمكن ﴾ .

وكذا إن أمكن تخليص بعضه . وإن لم يمكن تخليصه منه فسيأتى فى أول الفصل الرابع من الباب .

قوله ﴿ وَإِنْ زَرَعَ الأَرْضَ ، وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ : فَعَلَيْهِ أُجْرَتُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل حرب : حكمها حكم الزرع الذى لم يحصد .

قال فى الفائق : قلت : وجنح ابن عقيل إلى مساواة الحكمين .

واختاره صاحب الفائق فى غير الفائق . ورد كلام الأصحاب .

قال فى القاعدة التاسعة والسبعين : ووهم أبو حفص ناقلها على أن من الأصحاب من رجحها ، بناء على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداء . والمعروف فى المذهب : خلافه . انتهى .

قال الحارثى : هذا المعروف عند الأصحاب .

قال ، وعنه : يحدث على ملك رب الأرض . ذكره القاضى يعقوب . ومنع فى تعليقه من كونه ملكاً للغاصب .

وقال : لا فرق بين ما قبل الحصاد و بعده . على ما نقله حرب .

قال الحارثى : وكذا أورده القاضى فى تعليقه الكبير ، فيما أظن ـ أو أجزم ـ وأرده شيخنا أبو بكر بن الصيرفى فى كتاب نوادر المذهب . انتهى .

قال فى الفائق ، وقال القاضى يعقوب : لا فرق بين ما قبل الحصاد و بعده . فى إحدى الروايتين .

و بناه على أن زرع الغاصب : هل يحدث على ملك صاحب البذر ، أوصاحب الأرض ؟ على روايتين . والحدوث على ملك صاحب الأرض هو المختار . انتهى .

وقال أيضاً : وهل القياس كون الزرع لرب البذر ، أو لرب الأرض ؟ المنصوص : الأول .

وقال ابن عقيل ، والشيخ تقى الدين رحمه الله : الثانى .

وقال الشيخ تقى الدين أيضاً : ينبنى هذا على المدفوع . إن كان النفقة : فلرب الأرض مطلقاً . والمنصوص : التفرقة .

فعلى المذهب : على الغاصب أجرة المثل .

وعلى الرواية الثانية : للغاصب نفقة الزرع . وأما مؤنة الحصاد : فيحتمل أن تكون كذلك . ويحتمل أن لا تجب .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

تنبيه : قوله ﴿ وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ ﴾ .

هذا المذهب . أعنى : أنه يشترط أن يكون قد حصده . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال فى الرعاية ، قيل : أو استحصد قبله ولم يحصد .

قوله ﴿ وَإِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا ، وَالزَّرْعُ قَائِمٌ : خُيِّرَ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ بِأُجْرَتِهِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ بِعِوَضِهِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الحارثى : تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن الزرع للمالك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الزركشى : هو قول القاضى ، وعامة أصحابه ، والشيخين . انتهى .

قال الحارثى : هو قول القاضى ، وجمهور أصحابه ، ومن تلاهم ، والمصنف فى سائر كتبه . وهو من مفردات المذهب . قال ناظمها :

بالإحترام احكم لزرع الغاصب ... وليس كالبانى ، أو كالناصب

إن شاء رب الأرض ترك الزرع ... بأجرة المثل فوجه مرعي

أو ملكه إن شاء بالإنفاق ... أو قيمة للزرع بالوفاق

ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب ، وعليه الأجرة . وهذا الإحتمال لأبى الخطاب

وقيل : له قلعه إن ضمنه .

واختار ابن عقيل ، وغيره : أن الزرع لرب الأرض ، كالولد . فإنه لسيد الأم ، لكن المنىّ لا قيمة له ، بخلاف البذر . ذكره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال الزركشي : وهذا القول ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى عامة نصوصه ، والخرقى ، والشيرازى ، وابن أبى موسى ـ فيما أظن ـ وعليه اعتمد الإمام أحمد .

وكذا قال الحارثى : ظاهر كلام من تقدم من الأصحاب ـ كالخرقى ، وأبى بكر وابن أبى موسى ـ عدم التخيير . فإن كلا منهم قال : الزرع لمالك الأرض ، وعليه النفقة .

وهذا بعينه : هو المتواتر عن الإمام أحمد رحمه الله . ولم يذكر أحد عنه تخييراً . وهو الصواب . والله . انتهى .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : فيمن زرع بلا إذن شريكه ـ والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ، ولربها نصيب ـ : قسم مازرعه فى نصيب شريكه كذلك . قال : ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايئه فيها فأبى . فللأول الزرع فى قدر حقه بلا أجرة ، كدار بينهما فيها بيتان سكن أحدهما عند امتناعه مما يلزمه . انتهى .

قلت : وهذا الصواب . ولا يسع الناس غيره .

قوله ﴿ وَهَلْ ذَلِكَ قِيمَتُهُ ، أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما وجهان في نسخة مقروءة على المصنف . وفى نسخة روايتان ، وعليهما شرح الشارح ، وابن منجا .

قال الحارثى : حكاهما متأخرو الأصحاب والمصنف فى كتابه الكبير روايتين . وأوردهما هنا وجهين .

قال : والصواب أنهما روايتان .

قال هو والشارح : والمنقول عن الإمام أحمد فى ذلك روايتان . وأطلقهما فى الهداية ، وتذكرة ابن عقيل ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والكافى ، والهادى ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والزركشى .

إحداهما : يأخذه بنفقته . وهى ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع ، من الحرث

والسقى وغيرها . وهو المذهب ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، والشيرازى .

واختاره القاضى فى رءوس المسائل ، وابن عقيل .

قال الحارثى : وهو المذهب . وعليه متقدمو الأصحاب ، كالخرقى ، وأبى بكر ثم ابن أبى موسى ، والقاضى فى كتابى المجرد ورءوس المسائل ، وابن عقيل . لصريح الأخبار المتقدمة فيه . انتهى .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الطريق الأقرب ، والوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع ، والفائق .

والرواية الثانية : يأخذه بقيمته زرعاً الآن .

صححه القاضى فى التعليق . وجزم به فى العمدة ، والمنور ، ومنتخب الأزجى وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية ، وإدراك الغاية . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قلت : والنفس تميل إليه .

قال ابن الزاغونى : أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله ، أو قيمته ؟

وعنه رواية ثالثة : يأخذه بأيهما شاء . نقلها مهنا . قاله فى الفروع .

قال الحارثى : وحكى القاضى حسين ــ فى كتاب التمام ــ عن أخيه أبى القاسم رواية بالتخيير . وهو الظاهر من إيراد القاضى يعقوب فى التعليق . وذكر نص مهنا .

وقال فى الفائق : وخرج أبو القاسم بن القاضى رواية بالخيرة . فكأنه ما اطلع على كلام الحارثى ، أو أن لأبى القاسم تخريج رواية . ثم اطلع ، فوافق التخريج لها .

فعلى الرواية الثانية ، واحتمال أبى الخطاب : لرب الأرض أجرتها إلى حين تسليم الزرع . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وذكر أبو يعلى الصغير : أنه لا أجرة له . ونقله إبراهيم بن الحارث .

وعلى المذهب ــ أعنى إذا أوجبنا رد النفقة ــ فقال فى المغنى ، والشرح : يرد

مثل البذر . وبه قال ابن الزاغونى . لأن البذر مثلى . ونصره الحارثى .

وقال القاضى فى المجرد : يجب ثمن البذر .

تنبيه : قال الحارثى : عبر المصنف بالنفقة عن عوض الزرع . وكذلك عبر أبو الخطاب ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . وليس بالجيد . لوجهين .

أحدهما : أن المعاوضة تستلزم ملك المعوَّض . ودخول الزرع فى ملك الغاصب باطل بالنص . كما تقدم . فبطل كونها عوضا عنه .

الثانى : الأصل فى المعاوضة : تفاوتهما وتباعدهما . فدل على انتفاء المعاوضة .

والصواب : أنها عوض البذر ولواحقه . انتهى .

فائدة : يزكيه رب الأرض ، إن أخذه قبل وجوب الزكاة . وإن أخذه بعد الوجوب : ففى وجوب الزكاة عليه وجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والقواعد الفقهية .

قلت : الصحيح أنه لايزكيه ، بل تجب الزكاة على الغاصب . لأنه ملكه إلى حين أخذه . على الصحيح ، كما تقدم .

وعلى مقتضى النصوص واختيار الخرقى ، وأبى بكر ، وابن أبى موسى ، والحارثى ، وغيرهم : يزكيه رب الأرض . لأنهم حكموا أن الزرع من أصله لرب الأرض . وعلى هذا يكون هذا المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ غرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا : أُخِذَ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَتَسْوِيَةِ الأَرْضِ ، وَأَرْشِ نَقْصِهَا وَأُجْرَتِهَا ﴾ .

وهذا مقطوع به عند جمهور الأصحاب .

إلا أن صاحب الرعاية قال : لزمه القلع فى الأصح .

قال فى القاعدة السابعة والسبعين : والمشهور عن الإمام أحمد رحمه الله : للمالك قلعه مجانا ، وعليه الأصحاب .

وعنه : لايقلع ، بل يتملكه بالقيمة .

وعليهـا : لايقلع إلا مضموناً ، كغرس المستعير . كذلك حكاها القاضى ، وابن عقيل .

تنبيه : شمل كلام المصنف : ما لو كان الغارس أو البانى أحد الشريكين . وهو كذلك ، حتى ولو لم يغصبه ، لـكن غرس أو بنى من غير إذن . وهو صحيح نص عليه فى رواية جعفر بن محمد : أنه سئل عن رجل غرس نخلاً فى أرض بينه و بين قوم مشاعاً ؟ قال : إن كان بغير إذنهم قلع نخله .

و يأتى هذا أيضاً فى الشفعة .

فوائد

منها : لو زرع فيها شجراً بنواه . فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله ـ وعليه الأصحاب ـ : أنه له ، كما فى الغراس .

و يحتمل كونه لرب الأرض . لدخوله فى عموم أخبار الزرع . قاله الحارثى .

ومنها : لو أثمر ما غرس الغاصب ، فقال فى المجرد ، والفصول ، وصاحب المستوعب ، ونوادر المذهب : الثمر لمالك الأرض ، كالزرع . إن أدركه أخذه ورد النفقة ، و إلا فهو للغاصب .

واختاره القاضى . ونص عليه فى رواية على بن سعيد .

قال فى الفروع : ونصه فيمن غرس أرضاً : الثمرة لرب الأرض ، وعليه النفقة .

وقال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وابن رزين : لو أثمر ماغرسه الغاصب ، فإن أدركه صاحب الأرض بعد الجذاذ : فللغاصب . وكذلك قبله .

وعنه : لمالك الأرض ، وعليه النفقة . انتهوا .

قال ابن رزين ـ عن القول بأنه لصاحب الأرض ـ ليس بشىء .

قال الحارثى : وفيه وجه أنه للغاصب بكل حال .

وحكاه ابن الزاغونى فى كتاب الشروط رواية عن الإمام أحمد .

قال : وهذا أصح ، اعتباراً بأصله .

قال : والقياس على الزرع ضعيف .

واختار الحارثي ماقدمه المصنف . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .

ومنها : لو جصص الدار وزوقها ، فحكمها كالبناء . قاله في الكافي . ولو وهب ذلك لمالكها ، ففي إجباره على قبوله وجهان ، كالصبغ في الثوب ، على مايأتي .

ومنها : لو غصب أرضاً ، فبناها داراً بتراب منها وآلات من المغصوب منه : فعليه أجرتها مبنية . وإن كانت آلاتها من مال الغاصب : فعليه أجرة الأرض دون بنائها . لأنه إنما غصب الأرض ، والبناء له . فلم يلزمه أجرة ماله . فلو أجرها فالأجرة لهما بقدر قيمتهما .

نقل ابن منصور — فيمن بنى فيها ويؤجرها — الغلة على النصيب .

ونقل ابن منصور أيضاً : ويكون شريكا بزيادة بناء .

ومنها : لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته ، وأبى مالكه إلا القلع : فله ذلك ، ولا يجبر على أخذ القيمة . وفي البناء تخريج : إذا بذل صاحب الأرض لصاحب القيمة : أنه يجبر على قبولها إذا لم يكن في النقض غرض صحيح . وهو للمصنف . والمذهب : الأول .

وذكر ابن عقيل رواية فيه : لايلزمه . ويعطيه قيمته . ونقله ابن الحكم .

وروى الخلال فيه عن عائشة — رضي الله عنها — مرفوعا « له مانقص » .

قال أبو يعلى الصغير : هذا منعنا من القياس .

ونقل جعفر بن محمد فيها : لرب الأرض أخذه . وجزم به ابن رزين . وزاد : وتركه بأجرة . انتهى .

ومنها : إذا اتفقا على القيمة : فالواجب قيمة الغراس مقلوعاً . حكاه ابن أبي موسى وغيره .

وإن وهبهما الغاصب لرب الأرض ، ليدفع عن نفسه كلفة القلع : فقبله جاز .

وإن أبى إلا القلع ـ وكان فى قلعه غرض صحيح ـ لم يجبر على القبول . وإن لم يكن له فى القلع غرض صحيح ، ففى إجباره على القول : احتمالان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، والفروع .

قال فى الرعاية : وإن وهبها لرب الأرض : لم يلزمه القبول ، إن أراد القلع ، وإلا احتمل وجهين . انتهى .

قلت : الأولى أنه لايجبر .

ومنها : لو غصب أرضاً وغراسا من شخص واحد ، فغرسه فيها : فالكل لمالك الأرض . فإن طالبه رب الأرض بقلعه ـ وله فى قلعه غرض صحيح ـ أجبر عليه . وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس .

وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح : لم يجبر على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والحارثى والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يجبر . وهو احتمال المصنف .

وإن أراد الغاصب قلعه ابتداء : فله منعه . قاله الحارثى ، وصاحب الرعاية ، وغيرهما . ويلزمه أجرته مبنيا ، كما تقدم .

فائدتان

إحداهما : لو غرس المشترى من الغاصب ولم يعلم بالحال . فقال ابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وتبعه عليه المتأخرون : للمالك قلعه مجاناً . ويرجع المشترى بالنقص على من غرّه .

قال الحارثى : الحكم كما تقدم . قاله أصحابنا . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقال فى القاعدة السابعة والسبعين : المنصوص أنه يتملكه بالقيمة ، ولايقلع مجاناً . نقله حرب ، ويعقوب بن بختان . قال : ولايثبت عن الإمام أحمد رحمه الله سواه . وهو الصحيح . انتهى .

ويأتى فى كلام المصنف ماهو أعم من ذلك فى الباب فى قوله « وإن اشترى أرضاً فغرسها ، وبنى فيها ، فخرجت مستحقة » .

الثانية : الرطبة ونحوها : هل هى كالزرع فى الأحكام المتقدمة ، أو كالغراس ؟ فيه احتمالان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وقواعد ابن رجب ، والزركشى .

أحدهما : أنه كالزرع . قدمه ابن رزين فى شرحه . وقال : لأنه زرع ليس له فرع قوى . فأشبه الحنطة .

قال الزركشى : ويدخل فى عموم كلام الخرقى .

قلت : وكذا غيره .

والوجه الثانى : هو كالغراس .

قال الناظم : وكالغرس فى الأقوى : المكررُ جَزُّه .

ويأتى قريباً « لو حفر فى الأرض بئراً » .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً : لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرْسَى ﴾ .

يعنى : إذا كان يخاف من قلعه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد الأصولية : هو المذهب عند الأصحاب .

وقيل : يقلع ، إلا أن يكون فيه حيوان محترم ، أو مال للغير . جزم به فى عيون المسائل . وهو احتمال لأبى الخطاب فى الهداية .

قال الحارثى : ومطلق كلام ابن أبى موسى يقتضيه . فإنه قال : من اغتصب ساجة فبنى عليها حائطاً ، أو جعلها فى سفينة : قلعت من الحائط أو السفينة . وإن استهدما بالقلع . انتهى .

فائدة : حيث يتأخر القلع ، فللمالك القيمة . ثم إذا أمكن الرد أخذه مع

الأرش إن نقص ، واسترد الغاصب القيمة ، كما لو أبق المغصوب . قاله الحارثي .

قلت : وقد شمله كلام المصنف الآتي . حيث قال «وإن غصب عبداً فأبق ، أو فرساً فشبرد ، أو شيئاً تعذر رده مع بقائه : ضمن قيمته » .

ولو قيل : بأنه تتعين له الأجرة إلى أن يقلع : لكان متجهاً .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ خَيْطًا ، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ مِنْ قَلعِهِ : فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ الحَيَوَانُ مَأْكُولاً لِلْغَاصِبِ . فَهَلْ يَلزَمُهُ رَدُّهُ ، وَيَذْبَحُ الحَيَوَان ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان . فلا يخلو : إما أن يخاف على الحيوان بقلعه أو لا . فإن لم يخف عليه بقلعه : قلع .

وإن خيف عليه ، فلا يخلو : إما أن يكون مأكولاً أو لا . فإن لم يكن مأكولاً ، فلا يخلو : إما أن يكون محترماً ، أو لا . فإن كان غير محترم ـ كالمرتد والكلب العقور ، والخنزير ، ونحوها ـ فله قلعه منه بلا نزاع .

وإن كان محترماً ، فلا يخلو : إما أن يكون آدمياً ، أو غيره . فإن كان آدمياً : لم يقلع . على الصحيح من المذهب إذا خيف عليه الضرر . وتؤخذ قيمته . قدمه في الفروع . واختاره المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم .

وقيل : لا تؤخذ قيمته إلا إذا خيف تلفه . ويقلع كغيره من الحيوانات المحترمة . فإنه لابد فيها من خوف التلف . على الصحيح . وفيه احتمال .

وهذا القول ظاهر ماقطع به في الفائق ، والمذهب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير . لأنهم قيدوه بالتلف . وقدمه في الرعاية الكبرى . وهو احتمال للقاضي ، وابن عقيل .

وإن كان مأكولاً ، فلا يخلو : إما أن يكون للغاصب أو لا . فإن لم يكن للغاصب : لم يقلع . جزم به في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وإن كان للغاصب ـ وهى مسألة المصنف ـ فأطلق الوجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، وشرح الحارثى ، وابن منجا .

أحدهما : يذبح . ويلزمه رده . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . قاله الحارثى . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : لا يذبح ، وترد قيمته . قدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه ثالث : إن كان معداً للأكل ـ كبهيمة الأنعام ، والدجاج ، ونحوه ـ ذبح ورده ، وإلا فلا . وهو احتمال للمصنف .

قال الحارثى : وهو حسن . وأطلقهن فى الشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الحَيَوَانُ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والوجيز ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، وغيره

وقيل : يلزمه رده بموت الآدمى .

قال ابن شهاب : الحيوان أكثر حرمة من بقية المال . ولهذا لا يجوز منع مائه منه . ولو قتله دفعاً عن ماله : قتل ، لا عن نفسه .

فوائد

الأولى : لو غصب جوهرة فابتلعتها بهيمة . فقال الأصحاب : حكمها حكم الخيط . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثى .

وقال : إن كانت مأكولة : ذبحت على الأشهر .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من

الحيوان : ذبح الحيوان ، وردت إلى مالـكها . وضمان الحيوان على الغاصب ، إلا أن يكون آدمياً

الثانية : لو ابتلعت شاة رجلٍ جوهرة آخر غير مغصوبة ، وتوقف الإخراج على الذبح : ذبحت ، بقيد كون الذبح أقل ضرراً . قاله المصنف ، والشارح ومن تابعهما

قال الحارثى : واختيار الأصحـاب : عدم القيد . وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص الذبح ، إلا أن يفرط مالك الشاة بكون يده عليها . فلا شىء له ، لتفريطه .

الثالثة : لو أدخلت الشاة رأسها فى قمقم ونحوه ، ولم يمكن إخراجه إلا بذبحها أو كسره . فهنا حالتان :

إحداهما : أن تـكون مأ كولة . فللأصحاب فيها طريقان .

أحدهما ـ وهو قول الأكثرين . منهم القاضى ، وابن عقيل ـ إن كان لا بتفريط من أحد : كسر القدر ، ووجب الأرش على مالك البهيمة . وإن كان بتفريط مالـكها ، بأن أدخل رأسها بيده ، أو كانت يده عليها ونحوه : ذبحت من غير ضمان

وحكى غير واحد وجها بعدم الذبح . فيجب الـكسر والضمان .

وإن كانت بتفريط مالك القدر ، بأن أدخله بيده ، أو ألقاها فى الطريق : كسرت ولا أرش . قال ذلك الحارثى .

الطريق الثانى ـ وهو ما قاله المصنف والشارح ـ اعتبار أقل الضررين . إن كان الـكسر هو الأقل تعين ، وإلا ذبح ، والعكس كذلك .

ثم التفريط من أيهما حصل : كان الضمان عليه . وإن لم يحصل من واحد منهما : فالضمان على مالك البهيمة . إن كسر القدر وإن ذبحت البهيمة : فالضمان على صاحب القدر . وإن اتفقا على ترك الحال على ماهو عليه : لم يجز .

ولو قال من عليه الضمان : أنا أتلف مالى ولا أغرم شيئاً للآخر : كان له ذلك .

الحالة الثانية : أن تـكون غير مأ كولة ، فتكسر القدر . ولا تقتل البهيمة بحال . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : قاله الأصحاب .

قال الحارثى : قاله الأكثرون من الأصحاب .

وعلى هذا : لو اتفقا على القتل : لم يمكنا .

وقيل : حكمه حكم المأكول على ماتقدم .

وفيه وجه ثالث : أنه يقتل إن كانت الجناية من مالـكها ، أو القتل أقل ضرراً .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح . وظاهر الحارثى : الإطلاق .

الرابعة : لو سقط دينار أو درهم ، أو أقل أو أكثر ، فى محبرة الغير ، وعسر إخراجه . فإن كان بفعل مالك المحبرة : كسرت مجاناً مطلقاً .

و إن كان بفعل مالك الدينار . فقال القاضى ، وابن عقيل : يخير بين تركه فيها و بين كسرها . وعليه قيمتها .

وعلى هذا : لو بذل مالك المحبرة لمالك الدينار مثل ديناره . فقيل : يلزمه قبوله . اختاره صاحب التلخيص فيه . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقيل : لايلزمه قبوله . وأطلقهما فى المحرر ، وشرح الحارثى ، والفروع .

وذكر المصنف والشارح فى إجبار مالك المحبرة على الـكسر ابتداء : وجهين .

أحدهما : لا يجبر . قالا : وعليه نقص المحبرة .

قال الحارثى : ويجب على هذا الوجه : أن يقال بوجوب بذل الدينار . انتهى

والوجه الثانى : يجبر . وعلى مالك الدينار ضمان القيمة . واختاره صاحب التلخيص .

قال الحارثى : وهذا الوجه هو حاصل ماقال القاضى ، وابن عقيل من التخيير بين الترك والـكسر .

وكيفما كان لو بادر وكسر عدواناً : لم يلزمه أكثر من قيمتها . وجهاً واحداً .

وإن كان السقوط لا بفعل أحد ، بأن سقط من مكان ، أو ألقاه طائر ، أو هر : وجب الكسر . وعلى رب الدينار الأرش .

فإن كانت المحبرة ثمينة ، وامتنع رب الدينار من ضمانها فى مقابلة الدينار ، فقال ابن عقيل : قياس قول أصحابنا أن يقال له : إن شئت أن تأخذ فاغرم ، وإلا فاترك ، ولا شىء لك .

قال الحارثى : والأقرب ـ إن شاء الله ـ سقوط حقه من الكسر هنا . ويصطلحان عليه .

ولو غصب الدينار وألقاه فى محبرة آخر ، أو سقط فيها بغير فعله : فالكسر متعين . وعلى الغاصب ضمانها ، إلا أن يزيد ضرر الكسر على التبقية فيسقط . ويجب على الغاصب ضمان الدينار . ذكره المصنف والشارح . وتابعهما الحارثى .

الخامسة : لو حصل مُهر أو فصيل فى داره لآخر ، وتعذر إخراجه بدون نقض الباب : وجب النقض .

ثم إن كان عن تفريط مالك الدار ، بأن غصبه وأدخله : فلا كلام . وإن كان لا عن تفريط من أحد : فضمان النقض على مالك الحيوان .

وذكر المصنف احتمالاً باعتبار أقل الضررين . فإن كان النقض أقل : فكما قلنا . وإن كان أكثر : ذبح .

قال الحارثى : وهذا أولى .

وعلى هذا : إن كان الحيوان غير مأكول : تعين النقض .

وإن كان عن تفريط مالك الحيوان : لم ينقض وذبح ، وإن زاد ضرره . حكاه فى المغنى .

وذكر صاحب التلخيص : وجوب النقض وغرم الأرش .

وكلام ابن عقيل نحوه أو قريب منه . قاله الحارثى .

وقال : الأول الصحيح .

وإن كان المغصوب خشبة ، فأدخلها الدار : فهى كمسألة الفصيل ينقض الباب لإخراجها .

السادسة : لو باع داراً وفيها مايعسر إخراجه . فقال القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم : ينقض الباب ، وعليه ضمان النقص .

وقال المصنف : يعتبر أقل الضررين . إن زاد بقاؤه فى الدار ، أو تفكيكه إن كان مركباً ، أو ذبحه إن كان حيواناً على النقض : نقض مع الأرش .

وإن كان بالعكس : فلا نقض لعدم فائدته .

قال : ويصطلحان إما بأن يشتريه مشترى الدار ، أو غير ذلك . انتهى .

قوله ﴿ وَلَوْ غَصَبَ جَارِحًا . فَصَادَ به . أَوْ شَبَكَة ، أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا ، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْه ، أَوْ غَنِمَ : فَهُوَ لمالِكِه ﴾

إذا غصب جارحاً فصاد به ، أو فرساً فصاد عليه . فالصيد للمالك . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال فى تجريد العناية : فلربه فى الأظهر . وقدمه فى المغنى ، والشرح . وجزم به فى الصيد فى الفائق ، والرعاية فى غير الكلب .

وقيل : هو للغاصب . وعليه الأجرة . وهو احتمال فى المغنى .

قال الحارثى : وهو قوى . وجزم به فى التلخيص فى صيد الكلب . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية فى الكلب .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يتوجه ـ فيما إذا غصب فرساً ، وكسب عليه مالاً ـ أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس . ثم يقسم الصيد بينهما .

وتقدم ذلك فى الشركة الفاسدة .

فعلى المذهب : هل يلزم الغاصب أجرة مدة اصطياده أم لا ؟ فيه وجهان .
وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والفروع .

أحدهما : لا يلزمه . قدمه الحارثى . وقال : هو الصحيح .

قال فى تجريد العناية : ولا أجرة لربه مدة اصطياده فى الأظهر .

والوجه الثانى : يلزمه . وهو قياس قول صاحب التلخيص فى صيد العبد ، على ما يأتى قريباً .

وأما سهم الفرس المغصوبة : فقد تقدم فى كلام المصنف أيضاً فى باب قسمة الغنيمة فى قوله « ومن غصب فرساً فقاتل عليه ، فسهمه لمالكه » وذكرنا الخلاف فيه هناك .

فأما إذا غصب شبكة ، أو شَرَكاً فصاد به . فجزم المصنف هنا : أنه لمالكه .
وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه عامة الأصحاب . وجزم به ابن منجا فى شرحه . وقدمه فى الشرح .

والوجه الثانى : يكون للغاصب . وجزم به فى الوجيز .

وقال فى الفروع ـ بعد أن ذكر صيد الكلب ، والقوس ـ وقيل : وكذا أحبولة . وجزم به غير واحد فى كتب الخلاف . قالوا : على قياس قوله : ربح الدراهم لمالكها .

فائدة : صيد العبد المغصوب وسائر أكسابه : للسيد . بلا نزاع . وفى لزوم أجرته مدة اصطياده وعمله : الوجهان المتقدمان فى الجارحة .

قال فى التلخيص : ولا تدخل أجرته تحته ، إذا قلنا بضمان المنافع .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ ثوباً فقَصَّرَهُ ، أَوْ غزْلاً فَنَسَجَهُ ، أَوْ فِضَّةً ،

أَوْ حَدِيدًا فضَرَبَهُ إِبَراً أَوْ أَوَانِيَ . أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ باباً ونحوه ، أَوْ شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا : رَدّ ذَلِكَ بِزِيَادَتِهِ وَأَرْشِ نَقْصِهِ . وَلاَ شَيْءَ لَهُ ﴾ .

وكذا لو غصب طيناً ، فضربه لبناً ، أو جعله فخاراً ، أو حباً فطحنه ، ونحو ذلك .

ذكر المصنف هنا : مايغير المغصوب عن صفته ، وينقله إلى اسم آخر ، كما مثل ونحوه . ففى هذا يكون الحكم كما قال المصنف ، على الصحيح من المذهب .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق : هذا ظاهر المذهب .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال الحارثى : اختاره المصنف ، والأكثرون من أهل المذهب . منهم : القاضى فى المجرد ، وأبو على بن شهاب ، وابن عقيل فى الفصول . قال : وهو المختار .

قال فى التلخيص : هذا الصحيح عندى . وصححه فى النظم ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

وعنه : يكون شريكاً بالزيادة . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . قاله فى الفائق .

قال فى الهداية ، والمستوعب : الصحيح من المذهب : إن زادت القيمة بذلك ، فالغاصب شريك المالك بالزيادة . انتهى .

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وناظم المفردات . وقال : رجحه الأكثر فى الخلاف . انتهى .

واختاره القاضى فى الجامع الصغير ، والقاضى يعقوب ، وابن عقيل فى التذكرة ، وأبو الحسن بن بكروس .

وقيل : للغاصب أجرة عمله فقط ، إذا كانت الزيادة مثلها فصاعداً . أومأ إليه ابن أبى موسى . ذكره عنه فى التلخيص .

قال الحارثى : قاله ابن أبى موسى ، والشيرازى .

فعلى هذا : إن عمل ولم يستأجر ، فلا شىء له . قاله الشيرازى فى المبهج .

وقال أبو بكر : يملكه ، وعليه قيمته قبل تغييره . وهو رواية نقلها محمد بن الحكم ، إلا أن المصنف ، والشارح قالا : هو قول قديم رجع عنه . فإن محمداً مات قبل أبى عبد الله بنحو من عشرين سنة .

قلت : موته قبل أبى عبد الله بعشرين سنة لا يدل على أنه رجع عنه ، بل لابد من دليل على رجوعه ، وإلا فالأصل عدمه .

ثم وجدت الحارثى قال نحوه . فقال : وليس يلزم من تقدم الوفاة الرجوع . إذ من الجائز تقدم سماع من تأخرت وفاته . وكان يجب على ماقال إلغاء ما خالف أبو بكر فيه لرواية من تأخر موته . والأمر بخلافه . انتهى .

وعنه : يخير المالك بين العين والقيمة .

قال فى الفائق : وهو المختار .

تنبيه : أدخل المصنف فيما يغير المغصوب عن صفته : قصر الثوب ، وذبح الشاة وشيها .

قال فى الفروع : فذكر جماعة : أنه كالنوع الأول .

قلت : منهم صاحب المستوعب ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والفائق ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال الحارثى : وقد أدرج هو وغيره فى هذا الأصل قصارة الثوب . وليس بالمختار . لانتفاء سلب الاسم والمعنى .

تنبيه ثانٍ : أفاد المصنف أن ذبح الغاصب للحيوان المغصوب لا يحرم أكله . وهو كذلك على الصحيح . ويأتى ذلك عند تصرفات الغاصب الحكمية ، وفى باب القطع فى السرقة .

فائدة : ماصوره المصنف وغيره فى هذه المسألة : ينقسم إلى ممكن الرد إلى

الحالة الأولى ـ كالحلي ، والأوانى ، والدراهم ـ فيجبر المالك على الإعادة . قاله فى التلخيص . واقتصر عليه الحارثى .

وإلى غير ممكن ـ كالأبواب ، والفخار ، ونحوهما ـ فليس للغاصب إفساده . ولا للمالك إجباره عليه ، فيما عدا الأبواب ونحوها .

وقال ابن عقيل ، فى الأوانى المتخذة من التراب : للمالك ردها ومطالبته بمثل التراب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بِئْرًا وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِي أَرْضِ مَالِكِهَا ، لَمْ يَمْلِكْ طَمَّهَا إِذَا أَبرأَهُ المَالِكُ مِنْ ضَمَانِ مَا يَتْلَفُ بِهَا فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا حفر بئراً ، أو شق نهراً ونحوه فى أرض غصبها . فطالبه المالك بطمها : لزمه ذلك إن كان لغرض . قاله الحارثى .

وإن أراد الغاصب طمها ابتداء ، فلا يخلو : إما أن يكون لغرض صحيح ، أو لا . فإن كان لغرض صحيح ـ كإسقاط ضمان مايقع فيها . أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه ، أو ملك غيره ، أو إلى طريق يحتاج إلى تفريغه ـ فله طمها من غير إذن ربها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والمحرر .

واختاره القاضى . وقدمه فى الفروع ، والحارثى ، والخلاصة .

وقيل : لايملك طمها إلا بإذنه . وهو ظاهر ماقدمه فى المستوعب ، والتلخيص . على مايأتى من كلامهما .

وإن لم يكن له غرض صحيح فى ذلك ـ وهى مسألة المصنف . مثل : أن يكون قد وضع التراب فى أرض مالكها ، أو فى موات ، أو أبرأه من ضمان مايتلف بها ـ قال المصنف ، والشارح : أو منعه منه . فهل يملك طمها ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والحارثى .

أحدهما : لا يملك طمها . وهو الصحيح . نصره المصنف ، والشارح . وصححه فى التصحيح . واختاره أبو الخطاب .

والوجه الثانى : يملكه . اختاره القاضى .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : وإن غصب داراً فحفر فيها بئراً ، ثم استردها مالكها ، فأراد الغاصب طم البئر : لم يكن له ذلك .

وقال القاضى : له ذلك من غير رضى المالك .

وقال أبو الخطاب فى الهداية : ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان مايتلف فيها . انتهيا . وأطلقهن فى المذهب .

قال فى التلخيص : وأصل اختلاف القاضى ، وأبى الخطاب : هل الرضى الطارىء كالمقارن للحفر ، أم لا ؟ والصحيح : أنه كالمقارن . انتهى .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : وإن حفر فيها بئراً أو نحوها . فله طمها مطلقاً .

وإن سخط ربها ، فأوجه : النفى ، والإثبات .

والثالث : إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها ، وصح فى وجه : فلا .

زاد فى الرعاية الكبرى وجهاً رابعاً : وهو إن كان غرضه فيه صحيحاً ـ كدفع ضرر ، وخطر ونحوهما ـ وإلا فلا .

وخامساً : وهو إن ترك ترابها فى أرض غير ربها : فلا .

وقيل : بلى ، مع غرض صحيح . انتهى . وتقدم ذلك والصحيح منه .

تنبيهان

أحدهما : فى القول المحكى عن القاضى .

قال الحارثى : إذا كان مأخوذاً من غير كتاب المجرد : فنعم . وإن كان من المجرد : فكلامه فيه موافق لأبى الخطاب . فإنه قال ـ وذكر كلامه .

قلت : الناقل عن القاضى تلميذه أبو الخطاب فى الهداية . وهو أعلم بكلامه من غيره . وللقاضى فى مسائل كثيرة القولان والثلاثة . وكتبه كثيرة .

الثانى : ظاهر كلام أبى الخطاب وجماعة : أنه إذا أبرأه المالك من ضمان مايتلف بها : أنه يصح ، ويبرأ . وهو أحد الوجهين .

اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، والقاضى فى المجرد . قاله الحارثى لما ذكر كلامه المتقدم .

والوجه الثانى : أنه لا يبرأ . وتقدم قريباً كلامه فى الرعايتين فى ذلك . وأطلقهما فى المحرر .

قال الحارثى : وحاصل المسألة الأولى : الخلاف فى صحة الإبراء . وفيه وجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ بَيْضًا فَصارَ فِرَاخًا ، أَوْ نَوًى فَصَارَ غِرَاسًا ﴾ .

قال فى الانتصار : أو غصناً فصار شجرة : رده . ولا شىء له . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ويتخرج فيها مثل الذى قبلها .

قال المصنف ، والشارح : ويتخرج أن يملكه الغاصب .

فعلى هذا : يتخرج لنا : أن يكون شريكاً بالزيادة ، كالمسألة التى قبلها . انتهى وذلك : لأنها نوع مما تقدم من تغيير العين وتبدل اسمها .

فائدة : ذكر فى الكافى من صور الاستحالة : الزرع يصير حباً .

قال الحارثى : وفيه نظر ، فإن الزرع إن كان قد سَنْبَل حالة الغصب : فهو من قبيل الرطب والعنب يصيران تمراً وزبيباً وليسا من المستحيل بالاتفاق . وإن لم يكن سنبل : فهو فى معنى إثمار الشجر . فيكون من قبيل المتولد ، لا المستحيل لوجود الذات عيناً . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ : لَزِمَهُ ضَمَانُ نَقْصِهِ بِقِيمَتِهِ ، رَقِيقًا كَانَ أَوْ غَيْرِهِ ﴾

قال الأصحاب : ولو بنبات لحية أمرد ، وقطع ذنب حمار . وهذا المذهب فى ذلك كله . وجزم به فى الوجيز وغيره . واختاره المصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والشرح ، والحارثى

وقال : عليه جمهور أهل المذهب .

﴿ وَعَنْهُ : أَنَّ الرَّقِيقَ يُضْمَنُ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِى الإِتْلَافِ ﴾ .

فيجب فى يده : نصف قيمته ، وفى موضحته : نصف عشر قيمته . وعلى هذا فقس .

فإن كان النقص مما لا مقدر فيه ، كنقصه للكبر أو المرض ، أو شجه دون الموضحة : فعليه ما نقص مع الرد فقط .

قال الحارثى : هذه الرواية أقوى .

﴿ وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا ﴾ وانفرد المصنف بهذا التخريج هنا . قاله الزركشى .

وعنه فى عين الدابة ـ من الخيل ، والبغال ، والحمير ـ ربع قيمتها . نصرها القاضى ، وأصحابه .

قال الزركشى : وهو المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله .

فقال القاضى ـ فى روايتيه ـ وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم : الخلاف فى عين الدابة من الخيل ، والبغال ، والحمير . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الزركشى : ونصوص الإمام أحمد رحمه الله على ذلك .

وقال فى الفروع : وخص فى الروضة هذه الرواية بعين الفرس . وجعل فى عين غيرها ما نقص . والإمام أحمد إنما قال فى عين الدابة . انتهى .

قال الحارثي : من الأصحاب من قصر الخلاف على عين الفرس ، دون

البغل والحمار . وهذه طريقة القاضى فى التعليق الكبير ، وأبى الخطاب فى رءوس المسائل ، والقاضى يعقوب ، وأبى المواهب الحسين بن محمد العكبرى فى آخرين . واختار أكثر هؤلاء القول بالمقدر .

قال : ونص الإمام أحمد يقتضى العموم . فإن لفظ « الدابة » يشمل البغل ، والفرس ، والحمار . وكذلك صيغة الدليل المتمسك به . فالتخصيص خلاف الأصل ، مع أنا نجد فى الفرس خصائص تناسب اختصاص الحكم به ، لكن ما أخذنا فيه غير القياس . ولا يمكن إعمال ما ذكرنا من المناسبة . انتهى .

قلت : وممن خص الرواية بعين الفرس من المتأخرين : الشريف أبو جعفر وصاحب المستوعب ، والكافى ، والتلخيص وغيرهم .

فعلى هذه الرواية ، فى العينين : مانقص ، كسائر الأعضاء .

قال الحارثي : كذلك قال الأصحاب . لا أعلمهم اختلفوا فيه .

قال : وعن أبى حنيفة : نصف القيمة ، اعتباراً بالربع فى إحداهما .

قال : وهو أظهر . انتهى .

ويأتي : إذا شق ثوباً ، أو أتلف عصا ، أو قصعة ، أو كسر خلخالاً ونحوه فى ضمان غير المثلى فى الفصل السادس ، والخلاف فيه .

ويأتى وقت لزوم قيمته فى أول الفصل السادس فى كلام المصنف .

تنبيه : دخل فى قول المصنف « وإن تلف لزمه ضمان نقصه بقيمته » لو جنى على حيوان حامل فألقت جنينها ميتاً . وهو كذلك . فيجب عليه ضمان ما نقص من أمه بالجناية . نص عليه فى رواية ابن منصور . وعليه جماهير الأصحاب . قاله فى القاعدة الرابعة والثمانين .

وقال أبو بكر : يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه ، كجنين الأمة .

قال فى القواعد : وقياسه جنين الصيد فى الحرم والإحرام . والمشهور : أنه يضمنه بما نقص أمه أيضاً . ويأتى فى مقادير الديات .

قال : ولو ألقت البهيمة بالجناية جنيناً حياً ثم مات : ففيه احتمالان . ذكرهما القاضى ، وابن عقيل فى الرهن .

أحدهما : يضمن قيمة الولد حيًّا لاغير .

والثانى : عليه أكثر الأمرين ، أو ما نقصت الأم . انتهى .

قلت : الثانى هو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ : ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الأَمْرَيْنِ ﴾ .

وهذا مفرع على القول بالمقدر من القيمة . قاله الحارثى .

قال الشارح : إذا جنى الغاصب على العبد المغصوب جناية مقدرة : الدية .

فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية : يكون الواجب أرش الجناية . كما لو جنى عليه من غير غصب .

وإن قلنـا : ضمان الغصب غير ضمان الجناية ـ وهو الصحيح ـ فعليه أكثر الأمرين : من أرش النقص ، أو دية ذلك العضو .

وجزم بأنه يضمنه بأكثر الأمرين فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز .

قال فى الفروع : يضمنه بأكثرهما على الأصح .

وعنه : أنه يضمن بما نقص .

ذكرها المصنف فى هذا الـكتاب فى الفصل الثالث من باب مقادير الديات .

اختارها الخلال ، وابن عقيل أيضاً . ذكره الحارثى .

لـكن هذه الرواية أعم من أن يكون الجانى الغاصب أو غيره .

قال الحارثى : وجوب أكثر الأمرين : مفرع على القول بالمقدر . لاجتماع السببين باليد والجناية .

مثاله : لو كانت القيمة ألفاً ، فنقصت بالقطع أربعمائة : فالواجب خمسمائة . ولو نقص ستمائة : كان هو الواجب .

وعلى القول بما نقص : فكذلك فى الستمائة . لأنه على وفق الموجب . وفيما قبله أربعمائة . لأنه ما نقص .

فائدة : لو غصب عبداً قيمته ألف . فزادت القيمة إلى ألفين ، ثم قطع يده فنقص ألفا : فيجب ألف على كلا الروايتين . وهذا بلا نزاع .

وإن نقص ألفاً وخمسمائة : فالواجب ألف وخمسمائة ، على الروايتين أيضاً .

أما بتقدير القول بما نقص : فظاهر . وبتقدير القول بالمقدر : يكون الواجب أكثر الأمرين . فإذا استويا كان أولى .

وقال المصنف ، والشارح : وإن قلنا : الواجب ضمان الجناية – يعنى : المقدر – فعليه ألف فقط .

قال الحارثى : وهذا مشكل جداً . لإفضائه إلى إلغاء أثر اليد مع وجودها . انتهى

وإن نقص خمسمائة ، فقال الحارثى : فعلى رواية المقدر : عليه ألف . وعلى رواية ما نقص : عليه خمسمائة فقط . وهو ظاهر . وكذا قال غيره .

تنبيهان

الأول : تكلم المصنف هنا على العبد إذا جنى عليه الغاصب ، أو جُنى عليه فى حال غصبه . وبقى قسم ثالث ، وهو ما إذا جنى عليه من غير غصب . وقد ذكره المصنف فى باب مقادير الديات فى الفصل الثالث .

الثانى : قوله **﴿ وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الغَاصِبِ أَكْثَرَ الأَمْرَيْنِ . وَيَرْجِعُ الغَاصِبُ عَلَى الْجَانِى بِأَرْشِ الجِنَايَةِ . وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِى أَرْشَ الجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ ﴾** .

هذا مفرع على القول بالمقدر .

أما على القول بما نقص : فللمالك تضمينه من شاء منهما . وقرار الضمان على الجانى لمباشرته . قاله الحارثى . وهو واضح .

قوله ﴿ وَإنْ غَصَبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ : لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدّ قِيمَتِهِ ﴾ .

وكذا لو قطع يديه ، أو رجليه ، أو لسانه ، أو ما تجب فيه الدية كاملة من الحر . فإنه يلزمه رده ورد قيمته . ونص عليه الإمام أحمد . وعليه الأصحاب .

قال الحارثي : فيه مافى الذى قبله من الخلاف . غير أنه لا يتأتى القول بأكثر الأمرين ، لاستغراق القيمة فى المقدر ، وإن لم تنقص القيمة بالخصاء .

فعلى القول بالمقدر : يرده ومعه قيمته . وعلى القول بما نقص : لايلزمه شىء . انتهى .

قوله ﴿ وَإنْ نَقَصَتِ العَيْنُ ﴾ أى : قيمة العين ﴿ لِتَغَيُّرِ الأَسْعَارِ : لَمْ يَضْمَنْ . نصَّ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال الحارثى : هذا المذهب . وعليه التفريع .

قال الزركشى : اختاره الأصحاب ، حتى إن القاضى قال : لم أجد عن الإمام أحمد رحمه الله رواية بالضمان . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره

وعنه : يضمن . اختاره ابن أبى موسى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . قاله فى الفائق ، ورده الحارثى .

وقيل : يضمن نقصه مع تغير الأسعار إذا تلف . وإلا فلا .

وقال الحارثى ـ بعد أن حكى الروايتين ـ : وهذا كله مالم يتصل التلف بالزيادة .

فإن اتصل ، بأن غصب ماقيمته مائة ، فارتفع السعر إلى مائتين ، وتلفت العين : ضمن المائتين . وجهاً واحداً . إذ الضمان معتبر بيوم التلف .

وإن كان مثلياً : فالواجب المثل بلا خلاف .

وقال فى التلخيص : لو غصب شيئاً يساوى خمسة ، فعادت قيمته إلى درهم ، ثم تلف : لزمه خمسة . وهذا على اعتبار الضمان بحالة الغصب .

قال الحارثى : وهو قول ضعيف . وليس بالمذهب . وإنما استرسل إليه من كلام بعض المخالفين .

ولو تلف نصف العين بعد العود إلى درهم . فرجع الباقى إلى نصف درهم : رد الباقى ومعه قيمة التالف نصف درهم .

وفى التلخيص : يرد درهمين ونصفا . وليس بالمذهب ، كما قلنا .

قال الحارثى : وإنما أوردته تنبيهاً .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَتْ القِيمَةُ لِمَرَضٍ ، ثُمَّ عَادَتْ بِبُرْئِهِ : لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والوجيز ، والحارثى ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وقال : ونصه يضمن .

وحكى الحارثى وجهاً للشافعية بالضمان . قال : وهو عندى قوى بل أقوى . ورد أدلة الأصحاب .

والظاهر : أنه لم يطلع على ماذكره صاحب الفروع من النص .

فهذا يقوى قوله . وربما كان المذهب .

وقدمه فى الرعاية الكبرى . وقال : نص عليه .

فائدة : لو استرده المالك معيباً مع الأرش . ثم زال العيب فى يد مالكه . فقال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لايجب رد الأرش . لاستقراره بأخذ العين ناقصة . وكذا لو أخذ المغصوب بغير أرش ، ثم زال فى يده : لم يسقط الأرش كذلك

قال الحارثى : وما يذكر من الاستقرار فغير مسلم .

قال : والصواب ــ إن شاء الله ــ الوجوب بقدر النقص الحادث فى المدة . ويجب رد مازاد إن كان .

قوله ﴿وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ـ مِثْلَ إِنْ تَعلَّمَ صَنْعَةً ـ فَعَادَتِ القِيمَةُ : ضَمِنَ النَّقْصَ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والحارثى ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع . وقيل : لايضمنه .

قوله ﴿وَإِنْ زَادَتِ القِيمَةُ ـ لِسِمَنٍ ، أَوْ نَحْوِهُ ـ ثُمَّ نَقَصَتْ : ضَمِنَ الزِّيَادَةَ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع ، والرعايتين : ضمن على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح . ونصراه ، والتلخيص ، والحارثى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقاله الخرقى ، وغيره .

وعنه : إذا رده بعينه : لم يلزمه شىء . ذكرها ابن أبى موسى . وهما وجهان مطلقان فى الفائق .

قوله ﴿وَإِنْ عَادَ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الأُولَى مِنْ جِنْسِهَا﴾ .

مثل : إن كانت قيمتها مائة . فزادت إلى ألف لسمن ونحوه . ثم هزلت فعادت إلى مائة ، ثم سمنت فزادت إلى ألف ﴿لمْ يَضْمَنْهَا فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾

وهما احتمالان للقاضى فى المجرد . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والحاوى الصغير .

أحدهما : لايضمنها . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . لنصه فى الخلخال يكسر ؟ قال : يصلحه أحب إلىّ . وهو أحد صور المسألة . وصححه فى التصحيح .

قال المصنف ، والشارح : هذا أقيس . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثاني : يضمنها . قال فى الرعايتين ، والفائق : ضمنها فى أصح الوجهين . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الأُولَى : لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهَا ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى التلخيص، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والحارثى . وقال : هذا المذهب .

وقيل : يسقط الضمان . ذكره ابن عقيل . وأطلقهما فى الشرح .

فائدة : من صور المسألة : لو كان الذاهب علماً أو صناعة ، فتعلم علماً آخر أو صناعة أخرى . قاله الحارثى .

وقال المصنف ، والشارح : هو كعود السمن . يجرى فيها الوجهان .

قال الحارثي : والصحيح الأول .

قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ الْمَغْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقِرٍّ ـ كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ وَعَفِنَتْ ـ خُيِّرَ بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّى يَسْتَقِرَّ فَسَادُهَا ، وَيَأْخُذَهَا وَأَرْشَ نَقْصِهَا ﴾ .

هذا أحد الوجوه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة، والوجيز ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والنظم .

قال المصنف : قول أبى الخطاب فى الهداية لا بأس به .

وقيل : له أرش مانقص به من غير تخيير . اختاره المصنف فى المغنى . وقدمه فى الشرح .

وقيل : يضمنه ببدله ، كما فى الهالك .

قال الحارثى : وهو قول القاضى ، وأصحابه ـ الشريف أبى جعفر ، وابن

عقيل ، والقاضى يعقوب بن إبراهيم ـ والشيرازى ، وأبى الخطاب فى رءوس المسائل ، والشريف الزيدى . واختاره ابن بكروس .

وخيره فى الترغيب بين أخذه مع أرشه ، و بين أخذ بدله . وأطلقهن فى الفروع

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يستقر العفن . أما إن استقر : فالأرش بغير خلاف فى المذهب . قاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ ﴾ .

إن جنى على غير سيده : فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاع . وسواء فى ذلك مايوجب القصاص والمال . ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد

و إن جنى على سيده ، فعلى الغاصب أيضاً : أرش الجناية . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يضمن جنايته على سيده . لتعلقها برقبته .

قال الحارثى : إذا جنى على سيده ، فقال المصنف ، وأبو الخطاب : يضمن الغاصب أيضاً واستدل له بالقياس على الأجنبى . قال : و إنما يتمشى هذا حالة الاقتصاص لوجود الفوات .

أما حالة عدم الاقتصاص : فلا . لأن الفوات منتف . فالضمان منتف .

و إنما قلنا « الفوات منتف » لأن الغاية إذا تعلق الأرش بالرقبة . وهو غير ممكن . لأن ملك المجنى عليه فيها حاصل . فلا يمكن تحصيله . فيكون حالة عدم القصاص هدر .

ثم قال بعد ذلك : وأما الجناية الموجبة للمال ـ كالخطأ ، و إتلاف المال ـ فمتعلقة بالرقبة . وعلى الغاصب تخليصها بالفداء و بما يفدى .

قال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم : بأقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية .

ولم يوردوا هنا القول بالأرش بالغاً ما بلغ . كما فى فداء السيد للعبد الجانى . لأن الذى ذكروه هو الأصح . لا لأن الخلاف غير مطرد . وفى كون الأول هو الأصح بحث . انتهى .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ وَجِنَايَتُهُ عَلَى الغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدَرٌ ﴾ .

بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَيَضْمَنُ زَوَائِدَ الغَصْبِ ـ كَالْوَلَدِ ، وَالثَّمرَةِ ـ إِذَا تَلِفَتْ ، أَوْ نَقصَتْ كَالأَصْلِ ﴾ .

بلا نزاع فى الجملة .

فإذا غصب حاملاً أو حائلا ، فحملت عنده ؛ فالولد مضمون عليه .

ثم إذا ولدت ، فلا يخلو : إما أن تلده حياً ، أو ميتاً .

فإن ولدته ميتاً ، وكان قد غصبها حاملاً : فلا شىء عليه . لأنه لايعلم حياته .

و إن كان غصبها حائلا ، فحملت وولدته ميتاً : فكذلك عند القاضى .

وعند أبيه أبى الحسين : يضمنه بقيمته لو كان حياً .

وقال المصنف ، ومن تبعه ، والأولى : أنه يضمنه بعشر قيمة أمه .

و إن ولدته حياً ومات : فعليه قيمته يوم تلفه .

الثانية : قال فى الفروع ـ فى هذا الباب ، فى أول الفصل الأخير منه ـ : و إطلاق الأصحاب بأنه لايضمن ما أتلفته بهيمة لايدَ عليها ظاهرة ، ولو كانت مغصو بة . لظاهر الخبر .

وعلل الأصحاب المسألة بأنه لا تفريط من المالك . ولا ذمة لها فيتعلق بها . ولا قصد فيتعلق برقبتها .

ويبين ذلك : أنهم ذكروا جناية العبد المغصوب ، وأن الغاصب يضمنها . وقالوا : لأن جنايته تتعلق برقبته فضمنها . لأنه نقص حصل فى يد المغصوب . فهذا التخصيص وتعليله يقتضى خلافه فى البهيمة .

قال : وهذا فيه نظر . ولهذا قال ابن عقيل فى جنايات البهائم : لو نقب لص ، وترك النقب ، فخرجت منه بهيمة : ضمنها . وضمن ماتجنى بإفلاتها وتخليتها .

وقد يحتمل ، إن حازها وتركها بمكان : ضمن . لتعديه بتركها فيه . بخلاف ما لو تركها بمكانها وقت الغصب . وفيه نظر .

ولهذا قال الأصحاب ، فى نقل التراب من الأرض المغصوبة : إن أراده الغاصب ، وأبى المالك : فللغاصب ذلك مع غرض صحيح . مثل : إن كان نقله إلى ملك نفسه ، فينقله لينتفع بالمكان ، أو كان طرحه فى طريق . فيضمن مايتجدد به من جناية على آدمى ، أو بهيمة .

ولا يملك ذلك بلا غرض صحيح . مثل : إن كان نقله إلى ملك المالك ، أو طرف الأرض التى حفرها .

ويفارق طم البئر . لأنه لاينفك عن غرض . لأنه يسقط ضمان جناية الحفر . زاد ابن عقيل : ولعله معنى كلام بعضهم : أو جناية الغير بالتراب . انتهى كلام صاحب الفروع .

ومحل هذه الفائدة : عند ضمان ماأتلفت البهيمة . لكن لها هنا نوع تعلق .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهٍ لاَ يَتَمَيَّزُ ، مِثْلَ : أَنْ خَلَطَ حِنْطَةً ، أَوْ زَيْتاً بِمِثْلِهِ ﴾ .

قال فى الرعاية : ولم يشتركا فيهما . انتهى ﴿ لزمه مثله مِنْهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى القاعدة الثانية والعشرين : المنصوص فى رواية عبد الله ، وأبى الحارث : أنه اشتراك فيما إذا خلط زيته بزيت غيره .

واختاره ابن حامد ، والقاضى فى خلافه ، وابن عبدوس فى تذكرته ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص . وجزم به فى المحرر ، والعمدة .

قال فى الوجيز : فهما شريكان .

وقدمه فى الخلاصة ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين ، والفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : هذا أمس بالمذهب . وأقرب إلى الصواب .

وفى الآخر : يلزمه مثله من حيث شاء . اختاره القاضى فى المجرد .

وقال : هذا قياس المذهب . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والحارثى ، والزركشى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : وقال فى الوسيلة ، والموجز : يقسم بينهما بقدر قيمتهما . انتهى

وقال الحارثى : وفيه وجه ثالث . وهو الشركة ، كما فى الأول ، لكن يباع ويقسم الثمن على الحصة . كذا أطلق القاضى يعقوب بن إبراهيم فى تعليقه ، وأبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروس ، وغيرهما فى رءوس مسائلهم . حتى قالوا به فى الدنانير والدراهم .

وقاله ابن عقيل فى تذكرته .

وأظنه قول القاضى فى التعليق الكبير . انتهى .

ثم قال : وأما إجراء هذا الوجه فى الدنانير ، والدراهم : فواهٍ جداً . لأنها قيم الأشياء ، وقسمتها ممكنة . فأى فائدة فى البيع ؟ ورد هذا الوجه الأخير .

فائدة : هل يجوز للغاصب أن يتصرف فى قدر ماله فيه ، أم لا ؟ .

قال الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ فى رواية أبى طالب : قد اختلط أوله وآخره . أعجب إلىّ أن يتنزه عنه كله ، و يتصدق به .

وأنكر قول من قال : يخرج منه بقدر ماخالطه .

واختار ابن عقيل فى فنونه : التحريم . لامتزاج الحلال بالحرام فيه ، واستحالة انفراد أحدهما عن الآخر .

وعلى هذا : ليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المغصوب منه . وهذا بناء على أنه اشتراك .

وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه استهلاك . فيتخرج به قدر الحرام ، ولو من غيره . قاله ابن رجب فى القاعدة الثانية والعشرين .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ بِخَيْرٍ مِنْهُ ، أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ يعنى : على وجه لا يتميز ﴿ لَزِمَهُ مِثْلُهُ فِى قِيَاسِ الَّتِى قَبْلَهَا ﴾ .

قال القاضى ، فى المجرد : قياس المذهب يلزم الغاصب مثله .

واختاره فى الكافى . وإليه ميل الشارح .

وظاهر كلامه : أنهما شريكان بقدر ملكيهما . وهو المذهب .

قال فى الفروع : فشريكان بقدر حقهما ، كاختلاطهما من غير غصب . نص عليه فى رواية أبى الحارث .

قال الحارثى : وهذا اختيار من سميناه فى الوجه الثالث . انتهى .

قال فى المذهب : هذا ظاهر المذهب .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والخلاصة . وجزم به فى الوجيز . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب والتلخيص .

وقال القاضى أيضاً : ما تعذر تمييزه ـ كتالف ـ يلزمه عوضه من حيث شاء . فشمل كلامه هذه المسألة والتى قبلها .

فائدتان

إحداهما : لو خلط الزيت بالشيرج ، ودهن اللوز بدهن الجوز ، ودقيق

الحنطة بدقيق الشعير ، فالمنصوص : الشركة . وعليه أكثر الأصحاب كالتى قبلها . وقد شمله كلام المصنف .

وقياس المذهب : وجوب المثل عند القاضى .

قال الحارثى : وهو أظهر .

الثانية : لو خلط درهما بدرهمين لآخر ، فتلف اثنان ، فما بقى بينهما أثلاثا ، أو نصفين . يتوجه فيه وجهان . قاله فى الفروع .

قلت : الذى يظهر : أن لصاحب الدرهمين نصف الباقى لا غير .

وذلك لأنه يحتمل أن يكون التالف مالَهُ كاملاً . فيختص صاحب الدرهم به . ويحتمل أن يكون التالف درهما لهذا ودرهما لهذا . فيختص صاحب الدرهمين بالباقى . فتساويا . لايحتمل غير ذلك ، ومال كل واحد منهما متميز قطعاً ، بخلاف المسائل المتقدمة .

غايته : أنه أبهم علينا .

فائدة : قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ فَنَقَصَتْ قِيمَتُهماَ ، أَوْ قِيمَةُ أَحَدِهِما : ضَمِنَ النَّقْصَ . وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ تَزِدْ ، أو زَادَتْ قِيمَتُهما : فَهُمَاَ شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالَهُماَ . وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ أَحَدِهِما : فَالزِّيَادَةُ لِصَاحِبِهِ ﴾ .

هذه الجملة لاخلاف فيها .

لكن قال الحارثى : الضمير فى « نقصت قيمتهما » عائد على الثوب والصبغ ، والسويق والزيت . لأنها إحدى الحالات الواردة فى قيمة المالين ، من الزيادة والنقص والتساوى .

وفى عوده على مجموع الأمرين ـ أعنى الثوب والصبغ فى صورة النقص ـ

مناقشة . فإن ضمان الغاصب لايتصور . لنقصان الصبغ إذ هو ماله . فلا يجوز إيراده لإثبات حكم الضمان

والأجود أن يقال : تنقص قيمة الثوب .

وكذا قوله « أَوْ قِيمَةُ أَحَدِهِمَا » ليس بالجيد . فإنه متناول لحالة النقصان فى الصبغ ، دون الثوب . وليس الأمر كذلك . فإن الضمان لايجب على هذا التقدير بحال . والصواب : حذفه .

غير أن الضمان إن فسر بالنسبة إلى الغاصب : يكون النقص محسوباً عليه .

وقيل : باستعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه معاً ، وباستعمال المشترك فى مدلوليه معاً . فيتمشى . انتهى .

فإذا حصل النقصان ، لكونه مصبوغاً ، أو لسوء العمل ، فعلى الغاصب .

وعلى هذا يحمل إطلاق المصنف .

فإذا كان قيمة كل منهما خمسة ـ وهى الآن بعد الصبغ ثمانية ـ فالنقص على الغاصب . وإن كان لانخفاض سعر الثياب : فالنقص على المالك . فيكون له ثلاثة . وإن كان لانخفاض سعر الصبغ : فالنقص على الغاصب . فيكون له ثلاثة . وإن كان لانخفاضهما معاً على السواء : فالنقص عليهما . لكل منهما أربعة . هذا الصحيح . قدمه الحارثى .

وقيل : يحمل النقص على الصبغ فى كل حال . وهو قول صاحب التلخيص .

قوله ﴿ فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلْعَ الصِّبْغِ : لَمْ يُجْبَرِ الآخَرُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الوجيز . واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، وغيرهم . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

وفيه وجه آخر : يجبر ويضمن النقص ، سواء كان الغاصب أو المغصوب منه . وأطلقهما الحارثى فى شرحه .

ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص .

يعنى : إذا أراد الغاصب قلع صبغه ، وامتنع المغصوب منه : أجبر على تمكينه من قلعه ، ويضمن النقص . وهذا قدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال المصنف ، والشارح : إذا أراد الغاصب قلع الصبغ . فقال أصحابنا : له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر . ويضمن نقص الثوب إن نقص .

ولم يفرق الأصحاب بين ما يهلك صبغه بالقلع ، وبين ما لا يهلك .

قال المصنف : وينبغى أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه .

وظاهر كلام الخرقى : أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب . لأنه قال : المشترى إذا بنى أو غرس فى الأرض المشفوعة . فله أخذه إذا لم يكن فى أخذه ضرر

وقال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ : إن اختار المغصوب منه قلع الصبغ . ففيه وجهان .

أحدهما : يملك إجبار الغاصب عليه .

والثانى : لا يملك إجباره عليه .

قال القاضى : هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . انتهى . وتقدم ذلك .

فعلى القول بالإجبار من الطرفين : لو نقص الثوب بالقلع : ضمنه الغاصب . بلا نزاع .

وإن نقص الصبغ . فقال فى الكافى : لا شىء على المالك .

قال الحارثى : وهو أصح .

وقال فى المحرر : يضمنه المالك كما فى الطرف الآخر .

قوله ﴿ وَإِنْ وَهَبَ الصِّبْغَ لِلْمَالِكِ ، أَوْ وَهَبَهُ تَزْوِيقَ الدَّارِ وَنَحْوَهَا فَهَلْ يَلْزَمُ الْمَالِكَ قَبُولُهَا ؟ عَلَى وجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الكافي ، والمغني ، والشرح ، والفائق ، والحاوي الصغير .

أحدهما : يلزمه قبوله . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقي في الصداق . وصححه القاضي ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

قلت : فيعايى بها .

والوجه الثاني : لا يلزمه قبوله . صححه في التصحيح ، والنظم .

قال الحارثي — في التزويق ونحوه — : هذا أقرب إن شاء الله تعالى .

فائدتان

إحداهما : لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة . فقال القاضي ، وابن عقيل — وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله — : لا يجبر الغاصب على القبول . واختاراه . قاله في القواعد . وذكر المصنف وجهاً بالإجبار .

قال الحارثي : وهو الصحيح .

الثانية : لو نسج الغزل المغصوب ، أو قصر الثوب ، أو عمل الحديد إبراً ، أو سيوفاً ونحو ذلك ، ووهبه لمالكه : لزمه قبوله .

ولو سمر بمساميره باباً مغصوباً ، ثم وهب المسامير لرب الباب : لم يلزمه قبولها . قطع به الأكثر . منهم صاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية .

قال في الفروع : في الأصح . وقيل : يلزمه .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ صِبْغًا فَصَبَغَ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا فَلَتَّ بِهِ سَوِيقًا : احْتُمِلَ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ﴾ .

يعني : يكونان شريكين بقدر ماليهما ، كما لو غصب ثوباً فصبغه بصبغ من عنده . وهذا المذهب .

قال الحارثي : ولم يذكر الأصحاب سواه في صورة الصبغ . وجزم به في

التلخيص ، والوجيز . وقدمه فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

واحتمل أن يلزمه قيمته ، أو مثله إن كان مثلياً . لأن الصبغ والزيت صارا مستهلكين . أشبه ما لو أتلفهما .

قال الحارثى : وهذا مما انفرد به فى الكتاب . قال : ويتخرج مثله فى الصورة السابقة . بمعنى أنه يضيع الصبغ على الغاصب ، ويأخذه المالك مجاناً . وأطلق الاحتمالين فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ : فَعَلَيْهِ الْحَدّ وَالْمَهْرُ ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَاوِعَةً . وَأَرْشُ الْبَكَارَةِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه المصنف ، والشارح .

قال الزركشى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وعنه : لا يلزمه مهر للثيب . اختاره أبو بكر فى التنبيه ، والخرقى ، وابن عقيل ، والشيخ تقى الدين رحمه الله . ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة . نقله عنه فى الفائق .

قال الزركشى : عدم لزوم مهر الثيب بعيد .

وعنه : لا يلزمه أرش البكارة . لأنه يدخل فى مهرها . وهو احتمال فى المغنى ، وغيره .

قال الحارثى : وهو واه .

وعنه : لا مهر مع المطاوعة . ذكره الآمدى . قال الزركشى : وهو جيد .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ : فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ ﴾ وهذا بلا نزاع .

لكن لو انفصل ميتاً ، فلا يخلو : إما أن يكون مات بجناية أو لا .

فإن كان مات بجناية ، فلا يخلو : إما أن تكون من الغاصب أو من غيره .

فإن كانت من الغاصب ، فقال المصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهما : عليه عشر قيمة أمه .

وقال الحارثى : والأولى أكثر الأمرين ، من قيمة الولد أو عشر قيمة أمه

وإن كانت الجناية من غير الغاصب : فعليه عشر قيمة أمه . بلا نزاع . يرجع به على من شاء منهما . والقرار على الجانى .

وإن كان مات من غير جنـاية ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يضمنه . قدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص .

وقيل : يضمنه . اختاره القاضى أبو الحسين ، والمصنف .

قال الحارثى : وهو أصح .

فعلى القول بالضمان ، فقيل : يضمنه بعشر قيمة أمه . اختاره المصنف .

وقيل : بقيمته لو كان حياً . اختاره القاضى أبو الحسين . وأطلقهما فى الفروع ، وشرح الحارثى ، والقواعد الأصولية .

ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين . قال الحارثى : وهذا أقيس .

فوائد

الأولى : قال الحارثى : والوجهان جاريان فى حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك .

الثانية : قوله ﴿ وَلَوْ وَلَدَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وظاهر كلام الناظم : أن فيه الخلاف المتقدم .

الثالثة : لو قتلهـا الغاصب بوطئه : وجبت عليه الدية . نقله مهنا . وجزم به فى الفروع .

الرابعة : هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالماً .

فأما إن كان جاهلاً بالتحريم : فالولد حر للغاصب . نص عليه .

فإن انفصل حياً : فعلى الغاصب فداؤه يومئذ .

و إن انفصل ميتاً من غير جناية : فغير مضمون بلا خلاف .

و إن كان بجناية : فعلى الجانى الضمان . فإن كان من الغاصب فغُرّة موروثة عنه : لا يرث الغاصب منها شيئاً . وعلى السيد عشر قيمة الأم .

و إن كان من غير الغاصب : فعليه الغُرَّة ، يرثها الغاصب دون أمه . وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك لو غصبها .

الخامسة : لو غصبها حاملا . فولدت عنده : ضمن نقص الولادة . كما قال المصنف .

فإن مات الولد . فقال الخرقى : يضمنه بأكثر ما كانت قيمته .

وفى المستوعب ، والتلخيص : هل يلزمه قيمته يوم مات . أو أكثر ما كانت ؟ على روايتين .

قال الحارثى : والمذهب الاعتبار بحالة الموت .

و إن انفصل ميتاً : فعلى ماتقدم من التفصيل .

و إن ماتت الأم بالولادة : وجب ضمانها .

وكذلك لو غصبه مريضاً ، فمات فى يده بذلك المرض . جزم به الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهَا ، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغَصْبِ . فَوَطِئَهَا : فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ أَيِّهِمَا شَاءَ : نَقْصُهَا وَمَهْرُهَا ، وَأُجْرَتُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا إِنْ تَلِفَ . فَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ رَجَعَ عَلَى الآخَرِ . وَلاَ يَرْجِعُ الآخَرُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع أعلمه . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا بِالْغَصْبِ ، فَضَمِنَهَا : رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

اعلم أن بيع الغاصب العين المغصوبة غير صحيح مطلقاً . على المذهب . وفيه رواية : يصح ، ويقف على إجازة المالك .

وحكى فيه رواية ثالثة : يصح البيع . على ما يأتى فى تصرفات الغاصب ، والتفريع على المذهب . وكذا الهبة غير صحيحة .

إذا علمت ذلك : فهما بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينهما ما كان الغاصب يضمنه . على الصحيح من المذهب .

قال فى أول القاعدة الثالثة والتسعين : من قبض مغصوباً من غاصبه ، ولم يعلم أنه مغصوب ، فالمشهور عن الأصحاب : أنه بمنزلة الغاصب فى جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمنه من عين ومنفعة . انتهى .

وقطع به فى المحرر ، وغيره من الأصحاب .

وقوله ﴿ فَضَمِنَهَا : رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

يعنى : إذا ضمن المشترى أو المتهب نقصها ومهرها ، وأجرتها وقيمة ولدها ، وأرش البكارة ـ إن كانت بكراً ـ رجعا على الغاصب بذلك . وهو المذهب فى الجملة . نص عليه فى رواية جعفر فى الفداء .

وفى رواية إسحاق بن منصور : على المهر .

ويأتى التفصيل فى ذلك عند ذكر الرواية التى ذكرها المصنف والخلاف .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا . فَالْوَلَدُ حُرٌّ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَيَفْدِيهِ بِمِثْلِهِ فِى صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا ﴾ .

يجب فداء الولد . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور ، وجعفر بن محمد ، والميمونى ، ويعقوب بن بختان . قاله الحارثى .

ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد : لا يلزم المشترى فداء أولاده . وليس للسيد بدلهم . لأنه انعقد حراً .

قال الخلال : أحسبه قولاً لأبى عبد الله أول . والذى أذهب إليه : أنه يفديهم

قال الحارثى : والمشهور الأول . ولم يعول الأصحاب على هذه الرواية .

قوله ﴿ بِمِثْلِهِ فِى صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا ﴾ .

يعنى من غير نظر إلى القيمة والمثل فى الجنس والسن .

لكن قال الحارثى : أما السن ، فلا يخلو من نظر . وفداؤه بمثله فى صفاته تقريباً : هو إحدى الروايات عن الإمام أحمد .

قال ابن منجا : هذا المذهب . واختارها القاضى وأصحابه .

قال الحارثى : وهى اختيار الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه ، والقاضيين أبى يعلى ، ويعقوب بن إبراهيم فى تعليقيهما ، وأبى الخطاب فى رءوس مسائله ، والشريف أبى القاسم الزيدى وغيرهم .

قال القاضى أبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الحسن بن بكروس : وهى أصح . انتهى .

قال الزركشى : هو مختار الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه . وجزم به فى الكافى .

ويحتمل أن يعتبر مثله فى القيمة . وهو لأبى الخطاب . وهو وجه فى المستوعب والتلخيص ، ورواية فى المحرر .

قال الحارثى : ونسب إلى اختيار أبى بكر .

قلت : قاله المصنف ، والشارح عنه . وقدمه فى الفائق .

وتضمينه المثل من المفردات .

وعنه يضمنه بقيمته . وهو المذهب ، على ما اصطلحناه . اختاره المصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص ، وابن منجا فى شرحه ، وابن الزاغونى .

قال القاضى فى المجرد : وهو أشبه بقوله . لأنه نص على أن الحيوان لامثل له .

وهو مذهب الأئمة الثلاثة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يضمنه بأيهما شاء . اختاره أبو بكر فى المقنع .

قال فى القواعد الأصولية : وعنه يفدى كل وصيف بوصيفين . أورده السامرى وغيره عن ابن أبى موسى فى مغرور النكاح .

تنبيه : حيث قلنا : يفديه إما بالمثل أو القيمة . فيكون ذلك يوم وضعه . على الصحيح من المذهب ، وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، والشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم .

وعنه : يكون الفداء يوم الخصومة . وهو ظاهر إطلاق الإمام أحمد فى رواية ابن منصور . وجعفر . وهو وجه فى الفائق .

قال الحارثى : وعن ابن أبى موسى : حكاية وجه : الاعتبار بيوم الحكومة .

قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الغَاصِبِ ﴾ .

يعنى : بما فدى به الأولاد . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وذكر ابن عقيل رواية : لا يرجع بفداء الولد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ : فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا . وَلاَ يَرْجِعُ بِهَا إِنْ كَانَ مُشْتَرِياً وَيَرْجِعُ بِهَا المتَّهِبُ ﴾ .

إذا تلفت عند المشترى . فعليه قيمتها للمغصوب منه . ولا يرجع على الغاصب بالقيمة . على الصحيح من المذهب وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، والشريف . وأكثرهم قطع به .

وفى المغنى ـ فى باب الرهن ـ رواية باستقرار الضمان على الغاصب . فلا يرجع على المشترى .

وحكاه فى الكافى فى باب المضاربة وجهاً .

وصرح القاضى بمثل ذلك فى خلافه . قاله ابن رجب .

وقال : هو عندى قياس المذهب . وقواه . واستدل له بمسائل ونظائر .

فعلى هذا : يرجع على الغاصب بذلك كله . ويرجع بالثمن بلا نزاع .

وعلى المذهب : يأخذ من الغاصب ثمنها . ويأخذ أيضاً نفقته وعمله من البائع الغار . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال في الفتاوى المصرية : لو باع عقاراً ثم خرج مستحقاً . فإن كان المشترى عالماً : ضمن المنفعة ، سواء انتفع بها أو لم ينتفع . فإن لم يعلم : فقرار الضمان على البائع الظالم . وإن انتزع المبيع من يد المشترى ، فأخذت منه الأجرة — وهو معروف — رجع بذلك على البائع الغار . انتهى .

وفي الترغيب ، والتلخيص : احتمال بأن المشترى يرجع بما زاد على الثمن . وبه جزم ابن المنى في خلافه .

وفي الترغيب أيضاً : لايطالب بالزيادة الحاصلة قبل قبضه .

قال في القواعد الأصولية ، قلت : وإطلاق الأصحاب يقتضى لا رجوع بما زاد على الثمن . وفيه نظر . انتهى .

قال المصنف في فتاويه : وإن أنفق على أيتام غاصب وَصِيُّهُ ، مع علمه بأنه غاصب : لم يرجع ، وإلا رجع . لأن الموصى غره . انتهى .

وأما إذا تلفت عند المتهب : فعليه قيمتها لربها . ويرجع بما غرمه على الغاصب على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به في المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، وغيرهم .

قال في الفروع : ويرجع متهب في الأصح .

وقيل : لايرجع . كالمشترى .

قال الحارثى : وفي الكافى رواية بعدم الرجوع فيما إذا تلف . لأنه غرم ما أتلفه . انتهى .

قوله ﴿ وَعَنْهُ أَنَّ مَا حَصلَتْ لَهُ بِهِ مَنْفَعَةٌ ـ كَالأُجْرَةِ وَالْمَهْرِ وَأَرْشِ الْبَكَارَةِ ـ لا يَرْجِعُ بِهِ ﴾ .

هذه الرواية عائدة إلى قوله « فإن لم يعلما بالغصب فضمنهما : رجعا على الغاصب »
لكن هذه الرواية : رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثى : واعلم أن الرواية بعدم الرجوع : رجع عنها الإمام أحمد .

قال القاضى فى كتاب الروايتين : رجع عن قوله . بحديث علي .

وإذا كان كذلك فلا يكون عدم الرجوع مذهباً له فى شىء من هذه الأمور أصلاً وفرعاً . انتهى كلام الحارثى .

قلت : إذا رجع الإمام أحمد رحمه الله عن قول . فهل يترك ، ولا يذكر ، لرجوعه عنه ؟ أو يذكر ويثبت فى التصانيف ؟ تقدم حكم ذلك فى الخطبة ، وباب التيمم .

واعلم أن المالك إذا رجع على المشترى ، وأراد المشترى الرجوع على الغاصب : فلا يخلو من أقسام .

أحدها : مالا يرجع به . وهو قيمتها إذا تلفت كلها ، أو جزؤها فى يده . على ماتقدم من الخلاف .

والثاني : فيه خلاف . والترجيح مختلف ، وهو : أرش البكارة ، والمهر ، وأجرة نفعها .

فأما أرش البكارة : فقدم المصنف هنا : أنه يرجع به .

قال فى الفائق : اختاره الخرقى .

قال الحارثى : هذا المذهب . انتهى .

قال الزركشى : الرجوع اختيار الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه .

والصحيح من المذهب : أنه لايرجع به . جزم به فى المحرر ، والمنور . وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والفروع . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وأبو بكر . قاله فى الفائق . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأما المهر وأجرة النفع ، فالصحيح من المذهب : أنه يرجع بهما على الغاصب . جزم به فى الوجيز ، والمنور . وقدمه المصنف هنا ، وصاحب المحرر ، والفروع .

قال الحارثى : هذا المذهب . ورجوعه بالمهر على الغاصب من المفردات .

وعنه : لايرجع . اختاره أبو بكر ، وابن أبى موسى . قاله فى القواعد .

قال فى الفروع ـ فى حصول نفع ـ اختاره الخرقي ، وأبو بكر ، وابن عقيل .

قلت : المصرح به فى الخرقى : رجوع المشترى بالمهر .

قال الزركشى : يرجع بالمهر عند الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه . وأطلقهما فى المهر فى الهداية ، والمذهب ، والحاوى الصغير ، والرعاية ، وغيرهم . وأطلقهما فى المهر والأجرة فى المستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والفائق وغيرهم .

الثالث : مايرجع ـ به على الصحيح من المذهب ـ وهو قيمة الولد ، كما تقدم .

والرابع : مايرجع به قولا واحداً . وهو نقص ولادة ، ومنفعة فائتة . جزم به فى الفروع . وجزم به القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكافى ، والمغنى فى نقص الولادة .

قال الحارثى : وأدخله الباقون فيما يرجع به ، كما فى المتن .

فائدة : حكم المتهب حكم المشترى . وقد حكى المصنف هنا ، وصاحب المحرر ، وجماعة فيه الروايتين . وحكى الخلاف فى المغنى وجهين .

قال الحارثى : وهو الصواب . فإنه مقيس على نصه .

فائدة أخرى : حكم الثمرة والولد الحادث فى المبيع : حكم المنافع ، إذا ضمنها : رجع ببدلها على الغاصب . وكذلك الكسب . صرح به القاضى فى خلافه ، إلا أن يكون انتفع بشىء من ذلك . فيخرج على الروايتين .

قوله ﴿ وَإِنْ ضَمِنَ الغَاصِبُ : رَجَعَ عَلَى المشْتَرِى بِمَا لاَ يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ﴾ .

اعلم أن للمالك تضمين من شاء منهما ـ أعنى الغاصب ومن انتقلت إليه منه ـ فإن ضمن غير الغاصب : فقد تقدم حكم رجوعه على الغاصب وعدمه . و إن رجع على الغاصب ـ وهو ماقاله المصنف هنا ـ فهو أر بعة أضرب .

أحدها : قيمة العين . فهذا إذا رجع به المالك على الغاصب ، يرجع الغاصب به على المشترى .

الثاني : قيمة الولد . فإذا رجع بهـا على الغاصب : لم يرجع الغاصب على المشترى ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم رواية ذكرها ابن عقيل : أن المالك إذا ضمن المشترى لايرجع به على الغاصب . فتأتى الرواية هنا : أن الغاصب إذا ضمنه المالك يرجع به على المشترى .

الثالث : المهر وأرش البكارة والأجرة ونحوه . فعلى القول برجوع المشترى ، والمتهب على الغاصب إذا ضمنها المالك هنـاك : لايرجع الغاصب عليهما هنا إذا ضمنه المالك .

وعلى القول أنهما لايرجعان : يرجع الغاصب عليهما هنا .

الرابع : نقص الولادة والمنفعة الفائتة . فإن رجع المالك على الغاصب : لم يرجع به الغاصب على المشترى . قولا واحداً . على قول صاحب الفروع وغيره .

وهذا كله قد شمله قول المصنف « و إن ضمن الغاصب : رجع على المشترى بما لايرجع به عليه » .

فحيث ضمن المشترى ـ وقلنا : يرجع على الغاصب إذا ضمن الغاصب ـ لايرجع على المشترى . وعكسه بعكسه .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ . فمَاتَ الوَلَدُ : ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ . وَهَلْ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

مثال ذلك : أن يكون المشترى جاهلا بغصبها ، فيزوجها لغير عالم بالغصب . فتلد منه فهو مملوك . فيضمنه من هو فى يده بقيمته إذا تلف .

وهل يرجع به على الغاصب ؟ على روايتين . بناء على الروايتين فى ضمان النفع إذا تلف عند المشترى . على ماتقدم . قاله المصنف ، والشارح . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، وغيرهم .

إحداهما : يرجع . صححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز . وهو المذهب . لأن الصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه بأجرة النفع ، على ما تقدم قريباً . فكذا هذا .

والثانية : لا يرجع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلِفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ : اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيمَتِهَا عَلَيْهِ وَضَمَانُ الأُجْرَةِ عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

إذا استعارها من الغاصب عالماً بغصبها . فله تضمين الغاصب ، والمستعير . فإن ضمن الغاصب : رجع على المستعير . وإن ضمن المستعير : لم يرجع على الغاصب مطلقاً .

وإن كان غير عالم بالغصب ، فضمن المستعير : لم يرجع على الغاصب بقيمة العين . ويرجع عليه بضمان المنفعة . على الصحيح من المذهب . وهو قول المصنف « وضمان الأجرة على الغاصب » .

وعنه : لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء . ويستقر الضمان عليه فى مقابلة الانتفاع .

قال فى القواعد : وإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء . ففيه طريقان .

أحدهما : البناء على الروايتين . فإن قلنا : لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء : رجع على الغاصب هنا عليه ، وإلا فلا . وهى طريقة أبى الخطاب ، ومن اتبعه ، والقاضى ، وابن عقيل فى موضع .

والطريق الثانى : لايرجع الغاصب على القابض ، قولاً واحداً . قاله القاضى ، وابن عقيل فى موضع آخر .

فائدة : ذكر المصنف ـ رحمه الله ـ فيما إذا انتقلت العين من يد الغاصب إلى يد غيره ثلاث مسائل : مسألة الشراء ، ومسألة الهبة ، ومسألة العارية . وتقدم الكلام عليها .

وقد ذكر العلامة ابن رجب فى قواعده : أن الأيدى القابضة من الغاصب ، مع عدم العلم بالحال عشرة :

منها : الثلاثة المذكورة ، التى ذكرها المصنف . ولكن نعيد ذكر يد المتهب لأجل نظائرها فى اليد التاسعة .

فاليد الثالثة : الغاصبة من الغاصب ، وحقها : أن تكون أولى . لأنها كالأصل للأيدى . وهو أن اليد الغاصبة من الغاصب يتعلق بها الضمان ، كأصلها . ويستقر عليها مع التلف تحتها . ولا يطالب بما زاد على مدتها .

اليد الرابعة : يد آخذة لمصلحة الدافع ـ كالاستيداع ، والوكالة بغير جعل . فالصحيح من المذهب : أن للمالك تضمينها . ثم يرجع بما ضمن على الغاصب ، لتغريره .

وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها ، ولتلف المال تحتها من غير إذن . صرح به القاضى فى المجرد ، فى باب المضاربة .

قال ابن رجب : ويتخرج فيه وجه آخر : لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك فى المرتهن ، ونحوه . وأولى .

وخرجه الشيخ تقى الدين رحمه الله من مودَع المودَع ، حيث لايجوز له الإيداع . فإن الضمان على الأول وحده .

كذلك قال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وذكر : أنه ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، ومن الأصحاب من منع ظهوره .

اليد الخامسة : يد قابضة لمصلحتها ، ومصلحة الغاصب – كالشريك ، والمضارب ، والوكيل بجعل ، والمرتهن – فالمشهور : جواز تضمينها أيضاً . وترجع بما ضمنت . لدخولها على الأمانة .

وذكر القاضي في المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف في الرهن : احتمالين آخرين .

أحدهما : استقرار الضمان على القابض . وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً .

والثاني : لا يجوز تضمينها بحال . لدخولها على الأمانة .

قال ابن رجب : وينبغي أن يكون هو المذهب . وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام .

وحكى القاضي ، وغيره في المضاربة وجهاً آخر : أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما . فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر .

اليد السادسة : يد قابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع – كالصداق ، وعوض الخلع ، والعتق ، والصلح عن دم العمد إذا كان معيناً له ، أو كان القبض وفاء لدين مستقر في الذمة من ثمن مبيع ، أو غيره ، أو صداقاً ، وقيمة ما تلف ونحوه – فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها ، ثم استحقت : فللمستحق الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة ، على ما تقرر .

قال : ويتخرج وجه : أن لا مطالبة له عليه . وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق . والباقي مثله على القول بالتضمين . فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع ، لتغريره . إلا بما انتفع به . فإنه مخرج على الروايتين .

وأما قيم الأعيان ، فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه : أنه لا يرجع بها .

ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة : فهو باق بحاله . وإن كان عوضاً متيعناً في العقد : لم ينفسخ العقد هنا باستحقاقه . ولو قلنا : إن النكاح على المغصوب لا يصح . لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم . ذكره ابن

أبى موسى . ويرجع على الزوج بقيمة المستحق فى المنصوص . وهو قول القاضى فى خلافه .

وقال فى المجرد : ويجب مهر المثل .

وأما عوض الخلع ، والعتق ، والصلح عن دم العمد : ففيه وجهان .

أحدهما : يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق . وهو المنصوص . وهو قول القاضى فى أكثر كتبه . وجزم به صاحب المحرر .

والثانى : يجب قيمة المستحق فى الخلع ، والصلح عن دم العمد . بخلاف العتق . فإن الواجب فيه قيمة العبد . وهو قول القاضى فى البيوع من خلافه . ويشبه قول الأصحاب ، فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا – لاينعقد به النكاح – فأبت أن تتزوجه على ذلك : أن عليها قيمة نفسها لاقيمة مهر مثلها .

وعلى الوجه المخرج فى البيع : أن المغرور يرجع بقيمة العين . فهنا كذلك .

اليد السابعة : يد قابضة بمعاوضة . وهى يد المستأجر .

فقال القاضى ، والأكثرون : إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها .

ولو زادت أجرة المثل على الأجرة المسماة : ففيه مامر من زيادة قيمة العين على الثمن . وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغريره .

وفى تعليقة المجد يتخرج لأصحابنا وجهان .

أحدهما : أن المستأجر لا ضمان عليه بحال . لقول الجمهور : يضمن العين .

وهل القرار عليه ؟ لنا وجهان .

أحدهما : عليه .

والثانى : على الغاصب . وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه . انتهى .

اليد الثامنة : يد قابضة للشركة . وهى المتصرفة فى المال بما ينميه بجزء من

النماء ـ كالشريك ، والمضارب ، والمزارع ، والمساقى ـ ولهم الأجرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم .

فأما المضارب ، والمزارع بالعين المغصوبة ، وشريك العنان : فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال . فإذا ضمنوا ـ على المشهور ـ رجعوا بما ضمنوا ، إلا حصتهم من الربح ، فلا يرجعون بضمانها . ذكره القاضى ، وابن عقيل فى المساقي . والمزارع نظيره .

أما المضارب ، والشريك : فلا ينبغى أن يستقر عليهم ضمان شىء بدون القسمة مطلقاً .

وحكى الأصحاب فى المضارب للمضارب بغير إذن وجهاً آخر : أنه يرجع بما ضمنه . بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده .

ويتخرج وجه آخر : أنه لا يملك المالك تضمينهم بحال . وإنما أعاد حكم الشريك والمضارب لذكر النماء .

وأما المساقى إذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل : فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب . وإذا تلف الثمر فله حالتان .

إحداهما : أن يتلف بعد القسمة . فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ماقبضه . وله أن يضمن الكل للغاصب . فإذا ضمنه الكل : رجع على العامل بما قبضه لنفسه .

وفى المغنى احتمال : لا يرجع عليه . وهل للمالك تضمين العامل جميع الثمرة ؟ ذكر القاضى فيه احتمالين .

أحدهما : نعم . ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه على الثمرة . على المشهور ، وبالكل على الاحتمال المذكور . والثانى : لا .

الحالة الثانية : أن يتلف الثمر قبل القسمة : إما على الشجر ، وإما بعد جذه . فنى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع : احتمالان . وكذا لو تلف بعض الشجر .

قال ابن رجب : وهو ملتفت إلى أن يد العامل : هل تثبت على الشجر والثمر أم لا ؟ والأظهر : أن لا . لأن الضمان عندنا لاينتقل فى الثمر المعلق على شجره بالتخلية .

ولو اشترى شجرة بثمرها . فهل تدخل الثمرة فى ضمانه تبعاً للشجرة ؟ قال ابن عقيل فى فنونه : لا تدخل .

قال ابن رجب : والمذهب دخولها تبعاً .

اليد التاسعة : يد قابضة تملكا لا بعوض : إما للعين بمنافعها ـ كالهبة ، والوقف والصدقة والوصية ـ أو للمنفعة ـ كالموصى له بالمنافع ـ والمشهور : أنها ترجع بما ضمنته بكل حال ، إلا ما يحصل لها به نفع . ففى رجوعها بضمانه الروايتان

ويتخرج وجه آخر : أنها لاتضمن ابتداء : مالم يستقر ضمانها عليه .

وذكر القاضى ، وابن عقيل رواية : أنها لا ترجع بما ضمنته بحال .

ثم اختلف الأصحاب فى محل الروايتين فى الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاث :

إحداهن : أن محلهما إذا لم يقل الغاصب : هذا ملكى ، أو ما يدل عليه . فإن قال ذلك : فالقرار عليه بغير خلاف . وهى طريقة المصنف فى المغنى .

والطريقة الثانية : إن ضمّن المالك القابض ابتداء ، ففى رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً . وإن ضمن الغاصب ابتداء ، فإن كان القابض قد أقر له بالملكية : لم يرجع على القابض . رواية واحدة . وهى طريقة القاضى .

والطريقة الثالثة : الخلاف فى الكل من غير تفصيل . وهى طريقة أبى الخطاب وغيره .

اليد العاشرة : يد متلفة للمال نيابة عن الغاصب ـ كالذابح للحيوان ، والطابخ له ـ فلا قرار عليها بحال . وإنما القرار على الغاصب . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والأصحاب .

قال ابن رجب : ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها مما أتلفه ، كالمودع إذا تلفت تحت يده وأولى . لمباشرتها للإتلاف .

قال : ويتخرج وجه آخر : لاضمان عليها بحال من نص الإمام أحمد فيمن حفر لرجل بئراً فى غير ملكه ، فوقع فيها إنسان . فقال الحافر : ظننت أنها فى ملكه . فلا شىء عليه . وبذلك جزم القاضى ، وابن عقيل فى كتاب الجنايات .

وأما إذا أتلفته على وجه محرم شرعاً ، عالمة بتحريمه ، كالقاتلة للعبد المغصوب والمحرقة للمال بإذن الغاصب فيهما . ففى التلخيص : يستقر عليها الضمان . لأنها عالمة بالتحريم . فهى كالعالمة بأنه مال الغير .

ورجح الحارثى دخولها فى قسم المغرور . انتهى كلام ابن رجب فى القواعد ملخصاً . ولقد أجاد . فرحمه الله .

قوله ﴿وَإِنِ اشْتَرَى أَرْضًا فغَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا . فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً فَقَلَعَ غَرْسَهُ وَبِنَاءَهُ : رَجَعَ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ﴾ .

ذكره القاضى فى القسمة . وهذا بلا نزاع على القول بجواز القلع .

وأفادنا كلام المصنف : أن للمالك قلع الغرس والبناء .

هذا المذهب مطلقاً . أعنى من غير ضمان النقص ، ولا الأخذ بالقيمة . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والوجيز . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وشرح الحارثى . وقال : هو الأصح .

قال فى القواعد : هذا الذى ذكره ابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد . وتبعه عليه المتأخرون .

وعنه : لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه . ثم يرجع به على البائع . قاله فى المحرر ، وغيره .

وقال الحارثى : وعن الإمام أحمد رحمه الله : لا يقلع . بل يأخذه بقيمته . وذكر النص من رواية حرب .

وقدمه فى القاعدة السابعة والسبعين فى غرس المشترى من الغاصب . وقال : نقله عنه حرب ، و يعقوب بن بختان . وذكر النص ، وقال : وكذلك نقل عنه محمد بن حرب الجرجانى . وقال : هذا الصحيح . ولا يثبت عن الإمام أحمد سواه . ونصره بأدلة .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك فى أول الباب ، عند غرس الغاصب و بنائه . ولـكن كلامه هنا أعم .

فائدتان

إحداهما : لو بنى فيما يظنه ملـكه : جاز نقضه لتفريطه . و يرجع على من غره . ذكره فى الانتصار فى الشفيع . واقتصر عليه فى الفروع .

الثانية : لو أخذ منه مااشتراه بحجة مطلقة : ردّ بائعه ماقبضه منه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقيل : إن سبق الملك الشراء و إلا فلا . ذكره فى الرعاية فى الدعوى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطْعَمَ المَغْصُوبَ لِعَالِمٍ بِالغَصْبِ : اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عَلَيْهِ ﴾ يعنى : على الآكل . وهذا بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الغَاصِبُ : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي : اسْتَقَرَّ الضَّمانُ عَلَى الغَاصِبِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والخلاصة .

وقيل : الضمان على الآكل .

وأطلقهما فى الرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير .

و يأتى كلام القاضى ، وأبى الخطاب ، وغيرهما .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ ﴾ يعنى وإن لم يقل : هو طعامى ، بل قال له : كل ﴿ فَفِى أَيِّهِمَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؟ وَجْهَانِ ﴾.

أكثر الأصحاب يحكون الخلاف وجهين . وحكاهما فى المغنى روايتين . وأطلقهما فى الشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والحارثى .

أحدهما : يستقر الضمان على الغاصب . وهو المذهب . صححه فى النظم ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع . وهو ظاهر كلام الخرقى .

والوجه الثانى : يستقر على الآكل .

وقال القاضى ، وأبو الخطاب فى الهداية ، والسامرى فى المستوعب ، وابن الجوزى فى المذهب : إن ضمن الغاصب استقر الضمان عليه وجهاً واحداً .

وإن ضمن الآكل ففي رجوعه على الغاصب وجهان ، مبنيان على روايتى المغصوب . لكن القاضى قال : ذلك فيما إذا قال : هو طعامى فكله . وغيره ذكره فى المسألتين .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ : لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ تَبِعَةٌ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهَا صِلَةٌ أَوْ هَدِيَّةٌ ، وَلَمْ يَعْلَمْ كَيْفَ هَذَا ﴾ قال المصنف ﴿ يَعْنِى أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ ﴾ .

اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله . عالماً أنه طعامه : برىء غاصبه . وكذا لو أكله بلا إذنه .

فإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كله ، فإنه طعامى : لم يبرأ الغاصب أيضاً .

وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه ، وقال : كله . فجزم المصنف هنا : أنه لايبرأ . وهو ظاهر النص المذكور .

قال الحارثى : نص عليه من وجوه ـ وذكرها ـ وهو المذهب . جزم به فى الوجيز، والفائق ، وناظم المفردات ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه فى الكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والحارثى . وهو من مفردات المذهب .

قال المصنف ـ وتبعه الشارح ـ ويتخرج أن يبرأ ، بناء على ما إذا أطعمه لأجنبى . فإنه يستقر الضمان على الآكل فى أحد الوجهين كما تقدم . وذكره ابن أبى موسى تخريجاً .

فائدتان

إحداهما : لو أطعمه لدابة المغصوب منه ، أو لعبده : لم يبرأ . على الصحيح من المذهب . وجزم به التلخيص .

قال فى الفائق : ولو أطعمه لدابته مع علمه : برىء من الغصب ، وإلا فلا . نص عليه . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال فى الفروع : لغير عالم بغصبه .

قال جماعة : أو لدابته ، استقر ضمانه عليه .

وقال فى الرعاية الكبرى : إن جهل مالكه . ففيه ثلاثة أوجه .

الثالث : لا يبرأ ، إن قال : هو لى ، وإلا برىء . انتهى .

الثانية : قال المصنف ، والشارح : لو وهب المغصوب لمالكه ، أو أهداه إليه : برىء . على الصحيح من المذهب . لأنه سلمه إليه تسليماً تاماً . وكذا إن باعه أيضاً ، وسلمه إليه ، أو أقرضه إياه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الفروع : وجزم به جماعة . وصححه فى الكافى ، وغيره .

وقال فى القاعدة السادسة والستين : والمشهور فى الهبة : أنه لايبرأ . نص عليه الإمام أحمد . معللا بأنه تحمل منته . وربما كافأه على ذلك .

واختار القاضي في خلافه ، وصاحب المغني : أنه يبرأ . لأن المالك تسلمه تسلماً تاماً . وعادت سلطته إليه . انتهى .

وقدم في الفروع : أن أخذه بهبة ، أو شراء ، أو صدقة : أنه كإطعامه لربه . على ما تقدم .

وقال في الرعاية الكبرى : إن أهداه إليه ، أو جعله صدقة : لم يبرأ على الأصح .

قال الحارثي : والمنصوص : عدم البراءة . اختاره ابن أبي موسى ، والقاضيان أبو يعلى ، ويعقوب بن إبراهيم . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهَنَهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجَّرَهُ ، أَوِ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ : لَمْ يَبْرَأْ ، إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، والفائق . وقدمه في المغني ، والشرح ، والفروع .

قال الحارثي : فالنص قاض بعدم البراءة . انتهى .

وقدمه في الكافي في غير الرهن . وقيل : يبرأ .

قال في الفروع ، وقال جماعة : يبرأ في وديعة ، ونحوها .

قال الشارح ، وقال بعض أصحابنا : يبرأ .

قلت : ورأيته في نسخة قرئت على المصنف .

وقال أبو الخطاب : يبرأ .

فائدة : لو أباحه مالكه للغاصب ، فأكله قبل علمه : ضمن . ذكره في الانتصار فيما إذا حلف : لا خرجت إلا بإذني .

قال في الفروع : ويتوجه الوجه . يعني : بعدم الضمان .

قال : والظاهر أن مرادهم غير الطعام كهو في ذلك . ولا فرق .

قال في الفنون ، في مسألة الطعام : يبقى الضمان . بدليل ما لو قدم له شوكه الذي غصبه منه فسجره وهو لا يعلم . انتهى .

وما ذكره في الانتصار ذكره القاضي يعقوب في تعليقه في المكان المذكور ، ولم يخصه بالطعام ، بل قال : كل تصَرُّفٍ تَصَرَّفَ به الأجنبي في مال غيره ، وقد أذن فيه مالكه ولم يعلم : فعليه الضمان . انتهى .

ولم يرتضه بعض المتأخرين .

قلت : قال في القاعدة الرابعة والستين : وما ذكره في الانتصار بعيد جداً والصواب : الجزم بعدم الضمان . لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون ، كمن وطىء امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته . فإنه لا مهر عليه ، ولا غيره . وكما لو أكل في الصوم يظن أن الشمس لم تغرب ، فتبين أنها كانت غربت . فإنه لا يلزمه القضاء . انتهى . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ : بَرِيءَ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في المغني ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : إذا لم يعلم لم يبرأ . جزم به في التلخيص .

قال الحارثي : ومقتضى النص : الضمان . وبه قال ابن عقيل ، وصاحب التلخيص . انتهى .

وقدمه في الكافي ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق . وقال : اختاره الشيخ . يعني به المصنف .

والظاهر : أنه أراد ما قدمه في الكافي ، ولم يعارضه المغني ، والمقنع . فإن المصنف جزم بالبراءة فيهما .

وأما صاحب الفروع : فإنه تابع المصنف في المغني ، ولو أعاد النظر . لحكى الخلاف ، كما حكاه غيره .

فائدة : لو باعه إياه ، أو أقرضه ، فقبضه جاهلاً : لم يبرأ ، على المنصوص . قاله الحارثي . واختار المصنف : أنه يبرأ .

قوله ﴿ وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ . فَادَّعَى رَجُلٌ : أَنَّ الْبَائِعَ غَصَبَهُ مِنْهُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الآخَرِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ ﴾ .

ويستقر الضمان على المشترى . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والحارثى .

وقال أبو الخطاب فى الهداية ، والمصنف وجماعة : ويحتمل أن يبطل العتق ﴿ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمْ ﴾ .

يعنى : إذا اتفقوا عليه كلهم . ويعود العبد إلى المدعى .

تنبيه : الضمان هنا هو ثمنه . قدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : بل قيمته حين العقد .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن أجاز البيع ـ وقلنا يصح بالإجازة ـ فله الثمن . وإن رده : فله القيمة .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : لو مات العبد ، وخلف مالاً : فهو للمدعى إلا أن يخلف وارثاً فيأخذه . وليس له عليه ولاء .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ الْمَغْصُوبُ : لَزِمَهُ مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مَكِيلاً ، أَوْ مَوْزُونًا ﴾ .

وكذا لو أتلفه . هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، سواء تماثلت أجزاؤه أو تفاوتت ـ كالأثمان ، والحبوب ، والأدهان ، وغير ذلك ـ وجزم به فى العمدة ، والمحرر ، والوجيز ، والتسهيل ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وحكاه ابن عبد البر إجماعاً فى المأكول ، والمشروب .

وعنه : يضمنه بقيمته .

قال الحارثى : ذكرها القاضى أبو الحسين فى كتابه التمام ، وأبو الحسن ابن بكروس فى رءوس المسائل . وذكره القاضى أيضاً .

وذكر أيضاً أخذ القيمة فى نُقْرة وسبيكة للأثمان ، وعنب ورطب وكمثرى .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها .

تنبيه : محل هذا إذا كان باقياً على أصله . فأما مباح الصناعة ـ كمعمول الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والصوف ، والشعر المغزول ، ونحو ذلك ـ فإنه يضمن بقيمته . لأنه خرج عن أصله . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْوَزَ الْمِثْلُ فَعَلَيْهِ قِيمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَازِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، والمحرر ، وناظم المفردات ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب .

وقال القاضى فى الخصال : يضمنه بقيمته يوم القبض . يعنى يوم قبض البدل .

قال فى التلخيص : وذكره ابن عقيل .

قال الحارثى : اختاره ابن عقيل .

وعنه : يلزمه قيمته يوم تلفه .

وقيل : أكثرهما ـ يعنى : أكثر القيمتين ـ قيمته يوم البدل ، وقيمته يوم التلف .

وعنه : يوم المحاكمة . وعنه يلزمه قيمته يوم غصبه .

وقيل : يلزمه أكثر القيمتين : قيمته يوم الإعواز ، وقيمته يوم الغصب . وهو تخريج فى الهداية وغيرها .

فوائد

إحداها : إن قدر على المثل قبل أخذ القيمة : وجب رد المثل . قاله الأصحاب .

وقال فى القاعدة السادسة والأربعين : ينبغى أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الإتلاف ، ثم عدمه .

أما إن عدمه ابتداء : فلا يبعد أن يخرج فى وجوب أداء المثل خلاف . انتهى .

وإن كان بعد أخذها : أجزأت .

ولا يلزمه ردّها ، وأخذ المثل . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : لم يرد القيمة فى الأصح .

قال فى التلخيص : لم يرد القيمة على الأظهر . وجزم به فى الفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وقيل : يرده ويأخذ المثل .

الثانية : الصحيح من المذهب : أن المثلى هو المكيل والموزون .

قال الحارثى : المذهب أنه المكيل والموزون . كذلك نص عليه من رواية إبراهيم بن هانىء ، وحرب بن إسماعيل .

وتقدم كلام القاضى فى السبيكة ونحوها .

وقال فى المجرد : الحطب ، والخشب ، والحديد ، والنحاس ، والرصاص ليس مثلياً لا يختلف .

قال الحارثى : وعموم نص الإمام أحمد رحمه الله على خلافه ، وهو الصحة . انتهى .

ذكر فى المستوعب : أن كل مالا يضبط بالصفة ـ كالربويات ، والأشربة ، والغالية ـ غير مثلى . لاختلافه باختلاف المركبات والتركيب .

قال الحارثى : والصواب إدراجه فى المنصوص . لأنه موزون .

وقال الحارثى أيضاً : ولعمرى ، ان اعتبار المثلى بكل مايثبت فى الذمة حسن . والتشابه فى غير المكيل والموزون ممكن . فلا مانع منه . وكذلك ماانقسم بالأجزاء بين الشريكين من غير تقويم ، مضافاً إلى هذا النوع . لوجود التماثل وانتفاء التخالف . انتهى .

الثالثة : الدراهم المغشوشة الرائجة : مثلية لتماثلها عرفاً . ولأن أخلاطها غير مقصودة . قاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا : ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من المفردات .

قال الحارثى : هو قول الأكثرين .

وقد نص عليه ، فى الأمة : من رواية صالح وحنبل ، وموسى بن سعيد ، ومحمد ابن يحيى الكحال . وفى الدابة : من رواية مهنا . وفى الثياب : من رواية الكحال أيضاً ، وابن مشيش ومهنا .

وعنه : فى الثوب والقصعة والعصى ونحوها : يضمنها بالمثل ، مراعياً للقيمة اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

قال فى رواية موسى بن سعيد : المثل فى العصى والقصعة إذا كسر ، وفى الثوب . وصاحب الثوب مخير . إن شاء شق الثوب ، و إن شاء مثله .

قال المصنف : معناه ـ والله أعلم ـ إن شاء أخذ أرش الشق .

قال الحارثى : وفيه نظر . فقد قال فى رواية الشالنجى : يلزمه المثل فى العصى ، والقصعة والثوب .

قلت : فلو كان الشق قليلاً ؟ قال صاحب الثوب بالخيار قليلاً كان أو كثيراً .

وذكر ذلك فى الفائق ، وغيره .

وقال فى الفروع ، وعنه : يضمنه بمثله . ذكرها ابن أبى موسى . واختارها شيخنا .

قال فى الاختيارات : وهو المذهب عند ابن أبى موسى .

قال الحارثى : هو المذهب عند ابن أبى موسى . واختاره . وذكر لفظه فى الإرشاد .

قال الحارثى : وهو الحق .

وعنه : يضمنه بمثله . وعنه : يضمنه فى غير الحيوان بمثله . ذكره جماعة .

وذكر فى الواضح ، والموجز : أنه ينقص عنه عشرة دراهم .

وذكر فى الانتصار ، والمفردات : لو حكم حاكم بغير المثل فى المثلى ، و بغير القيمة فى المتقوم : لم ينفذ حكمه ، ولم يلزمه قبوله .

ونقل ابن منصور فيمن كسر خلخالا : أنه يصلحه .

قوله ﴿ ضَمِنَهُ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ فِى بَلَدِهِ مِنْ نَقْدِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثى : وهو الصحيح والمشهور .

وقال الزركشى : هذا المشهور والمختار عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، ونظم المفردات ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والحارثى ، وغيرهم .

ويتخرج : أن يضمنه بقيمته يوم غصبه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قال الحارثى : أورد المصنف وأبو الخطاب هذا التخريج من قول الإمام

أحمد فى حوائج البقال يعطيه على سعر يوم أخذ . وفرق بينهما بأن الحوائج يملكها الآخذ بأخذها . بخلاف المغصوب . انتهى .

وعنه : بأكثرهما ـ يعنى أكثر القيمتين ـ قيمة يوم تلفه ويوم غصبه .

قال الحارثى : ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم : من يوم الغصب إلى يوم التلف .

ونسب إلى الخرقى من قوله « ولو غصبها حاملا ، فولدت فى يده ثم مات الولد . أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته » وهو اختيار السامرى .

قال القاضى فى الروايتين : وما وجدت رواية بما قال الخرقى .

وهو عندى غير مناف للأول . فإن قيمة الولد بعد الولادة تتزايد بتزايد تربيته . فتكون يوم موته أكثر ما كانت .

وعلى هذا يتعين حمل ماقال . لأنه المعروف من نص الإمام أحمد . وما عداه من ذلك لا يعرف من نصه . انتهى .

فائدة : حكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه : حكم المغصوب فى اعتبار الضمان بيوم التلف . وكذا المتلف بلا غصب ، بغير خلاف . قاله الحارثى . وتقدمت الإحالة على هذا المكان فى أواخر خيار البيع .

وقوله « فى بلده » هو الصحيح من المذهب . أى فى بلد غصبه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وعنه : تعتبر القيمة من نقد البلد الذى تلف فيه . لأنه موضع ضمانه . جزم به فى الكافى .

قال الحارثى ، عن القول الأول : كذا قال أبو الخطاب ومن تابعه . وعلل بأنه محل الضمان . فاختص به دون غيره .

قال : وفى هذا نظر . فإنه إنما يتمشى على اعتبار الضمان بيوم الغصب . لأنه إذَنْ محل الضمان .

أما على اعتباره بيوم التلف ـ كما هو الصحيح ـ فالاعتبار إذن إنما هو بمحل التلف . لأنه محل الضمان ، حيث وجد سببه فيه . فوجب الاعتبار به .

وقد أشار صاحب التلخيص إلى ماقلنا .

فإنه قال : لو غصب فى بلد ، وتلف فى بلد آخر ، ولقيه فى ثالث : كان له المطالبة بقيمة أى البلدين شاء من بلد الغصب والتلف ، إلا أن نقول : الاعتبار بيوم القبض ، فيطالب بالقيمة فى بلد الغصب . انتهى .

قلت : قد صرح فى التلخيص بأنه يعتبر القيمة فى بلد الغصب فى هذا المحل من كتابه . فقال : وتعتبر القيمة فى بلد الغصب .

وعلى كلا القولين : إن كان فى البلد نقد أخذ منه . وإن كان فيه نقود أخذ من غالبها . صرح به الأصحاب ، إلا أن يكون من جنس المغصوب . مثل المصوغ ونحوه . على مايأتى .

فوائد

الأولى : لو نسج غزلا ، أو عجن دقيقا . فقيل : حكمه كذلك . جزم به فى الفائق .

وقيل : حكمه كذلك ، أو القيمة .

قال فى التلخيص : وهو أولى عندى . وأطلقهما فى الفروع .

الثانية : لا قصاص فى المال . مثل شق ثوبه ونحوه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل اسماعيل ، وموسى بن سعيد ، والشالنجى ، وغيرهم : أنه مخير فى ذلك . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وابن أبى موسى .

وتقدم النقل فى ذلك قريباً فى قوله « وإن لم يكن مثلياً » .

ويأتى « هل يقتص من اللطمة ونحوها ؟ » فى باب مايوجب القصاص .

الثالثة : لو غصب جماعة مشاعاً . فرد واحد منهم سهم واحد إليه : لم يجز

له ، حتى يعطى شركاءه . نص عليه . وكذا لو صالحوه عنه بمال . نقله حرب .

قال فى الفروع : ويتوجه أنه بيع المشاع .

الرابعة : لو زكاه ربه : رجع بها . قدمه فى الفروع .

وقال : ظاهر كلام أبى المعالى : لايرجع .

قال فى الفروع : وهو أظهر .

واختار صاحب الرعاية : أنه كنفقة .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مَصُوغًا ، أَوْ تِبْرًا تُخَالِفُ قِيمَتُهُ وَزْنَهُ : قَوَّمَهُ بِغَيْرِ جِنْسِهِ ﴾ هذا المذهب .

قال فى الرعايتين ، والنظم : قومه بغير جنسه ، فى الأصح . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وقال : قاله الشيخ وغيره .

قال الحارثى : هذا المشهور .

وقال القاضى : يجوز تقويمه بجنسه . واختاره فى الفائق .

قال الحارثى : وهو قول القاضى ، وابن عقيل . قال : وهو الأظهر .

وقال الحارثى : إذا استهلك ذهباً أو فضة ، فلا يخلو : إما أن يكونا مضروبين أو لا . فإن كانا مضروبين : فمثليان .

وإن كانا غير مضروبين ، فلا يخلو : إما أن يكونا مصوغين أو لا .

فإن لم يكونا مصوغين . فإن قيل بمثليته ـ كما هو الصواب ـ فيضمنان بالمثل .

وإن قيل : بتقويمه ـ وهو الوارد فى الكتاب ـ فإن كان من جنس نقد البلد ، واستويا زنة وقيمة : فمضمون بالزنة من نقد البلد .

وإن اختلفا ـ وهى مسألة الكتاب ـ : فمضمون بغير الجنس . وذكره القاضى أيضاً ، وابن عقيل ، وغيرهما .

وإن كان مغايراً لجنس نقد البلد ، بأن كان المتلَف ذهباً ، ونقد البلد دراهم ، أو بالعكس : ضمن بغالب نقد البلد .

و إن كانا مصوغين . فإن قيل : بالمثلية في مثله ـ كما تقدم ـ وجب المثل زنة وصورة . و إن قيل بالتقويم ـ كما هو المشهور ـ فإن اتحدا قيمة ووزنا لسوء الصناعة : ضمن بزنته من نقد البلد كيف كان . و إن اختلفا : وجبت القيمة من غير الجنس .

وقال القاضي ، وابن عقيل : يجوز أداء القيمة من الجنس . وهو الأظهر . انتهى .

تنبيه : محل هـذا إذا كان مباح الصناعة . فأما محرم الصناعة ـ كالأواني ، وحلى الرجال المحرم ـ : فإنه لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه . وجهاً واحداً . قاله المصنف . والشارح ، والحارثي ، وغيرهم .

وعنه : يضمن بقيمته . ذكرها في الرعايتين .

وزاد في الكبرى فقال : وقيل إن جاز اتخاذه : ضمن . كالمباح وإلا فلا .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مُحَلًّى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا : قَوَّمَهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَأَعْطَاهُ بِقِيمَتِهِ عَرَضًا ﴾ .

جزم به في المغني ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الحارثي : فالواجب القيمة من غير الجنس . وهو العرض مقوماً بأيهما شاء ، وعلله . وقال : هذا على أصل المصنف وموافقته في المسألة الأولى .

أما على أصل القاضي ، ومن وافقه : فجائز تضمينه بالجنس على ما مرّ . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ الْمَغْصُوبِ ، فَنَقَصَتْ قِيمَةُ بَاقِيهِ ـ كَزَوْجَي خُفٍّ تَلِفَ أَحَدُهُمَا ـ فَعَلَيْهِ رَدُّ الْبَاقِي ، وَقِيمَةُ التَّالِفِ ، وَأَرْشُ النَّقْصِ ﴾

هـذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

ونصره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وصححه فى النظم ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

قال الحارثى : هذا المذهب . وقدمه فى الهداية ، وغيرها .

وقيل : لايلزمه أرْشُ النقص .

قال الحارثى : وهذا الوجه لا أصل له ، ولوهائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب ، مع الاطلاع على إيراد أبى الخطاب له . وأطلقهما فى الرعايتين ، والفائق .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ عَبْدًا فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ : ضَمِنَ قِيمَتَهُ . فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ رَدِّهِ : أَخَذَ الْقِيمَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقالوا : يرد القيمة للغاصب بعينها إن كانت باقية . و يرد زوائدها المتصلة ، من سمن ونحوه . ولا يرد المنفصلة . بلا نزاع .

وإن كانت تالفة : فمِثْلُها إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن كانت متقومة .

وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة ؟

قال فى التلخيص : يحتمل وجهين . قال : وكذلك إذا اشترى شراء فاسداً : هل يحبس المشترى المبيع على رد الثمن ؟ والصحيح : أنه لايحبس ، بل يدفعان إلى عدل ، ليسلم إلى كل واحد ماله . انتهى . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

فائدة : إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ملكها . على الصحيح من المذهب . قاله المصنف ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الحارثى : قاله أصحابنا .

وقال فى عيون المسائل وغيرها : لا يملكها . وإنما حصل بها الانتفاع فى مقابلة مافوته الغاصب . فما اجتمع البدل والمبدل منه . نقله عنه فى الفروع .

وقال الزركشى : وقال القاضى فى التعليق : لايملكها . وإنما يباح له الانتفاع بها بإزاء مافاته من منافع العين المغصوبة .

قال القاضي يعقوب ، في تعليقه : لايملكها . وإنما جعل الانتفاع بها عوضاً عما فوته الغاصب .

قال الحارثي : يجب اعتبار القيمة بيوم التعذر .

قال في التلخيص : ولايجبر المالك على أخذها . ولا يصح الإبراء منها . ولايتعلق الحق بالبدل . فلا ينتقل إلى الذمة . وإنما ثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر . فتوقف على خيرته .

فائدة : لايملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة ، فلا يملك أكسابه ولايعتق عليه لوكان قريبه .

ويستحقه المالك بنمائه المتصل والمنفصل . وكذلك أجرة المثل إلى حين دفع البدل على مايأتي .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ . فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ﴾ .

رأيت في نسخة مقروءة على المصنف ، وعليها خطه « فعليه قيمته » وهو أحد الوجهين . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

قال الحارثي : وليس بالجيد .

قلت : وهو بعيد جداً . لأن له مثلاً .

والوجه الثاني : يلزمه مثله . ورأيت في نسخ « فعليه مثله » وعليها شرح الشارح ، والحارثي ، وابن منجا ، وهو المذهب . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الكبرى ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والتلخيص . وغيرهم . وقدمه في شرح الحارثي ، والفائق . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ انْقَلَبَ خَلاً : رَدَّهُ وَمَا نَقَصَ مِنْ قِيمَةِ الْعَصِيرِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

وقال فى عيون المسائل : لايلزمه قيمة العصير . لأن الخل عينه كحَمَل صار كبشاً .

وقال الحارثى : وللشافعية وجه : يملكه الغاصب . وهو الأقوى . ونصره بأدلة كثيرة .

فائدة : لو غلَى العصير ، فنقص : غرم أرش نقصه . وكذا يغرم نقصه . على المذهب . وقاله الأصحاب .

قال فى الفروع : ويحتمل أنه لايلزمه . لأنه ماء .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ لِلْمَغْصُوبِ أُجْرَةٌ : فَعَلَى الغَاصِبِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ ﴾ .

يعنى إذا كانت تصح إجارته . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى قضايا كثيرة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه التوقف عن ذلك .

قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه . لأن الراوى لها عنه محمد بن الحكم . وقد مات قبل الإمام أحمد رحمه الله بعشرين سنة .

قلت : موته قبل الإمام أحمد لايدل على رجوعه . بل لابد من دليل يدل على رجوعه غير ذلك .

ثم وجدت الحارثى قال قريباً من ذلك ، فقال : الاستدلال على الرجوع بتقدم وفاة محمد بن الحكم : لايصح . فإن من تأخرت وفاته من الجائز أن يكون منهم من سمع قبل سماع محمد بن الحكم . لاسيما أبو طالب . فإنه قديم الصحبة لأحمد رحمه الله .

قال : وأحسن منه : التأنس بما روى أن ابن منصور بلغه أن الإمام أحمد رجع عن بعض المسائل التى علقها . فجمعها فى جراب وحملها على ظهره . وخرج إلى بغداد ، وعرض خطوط الإمام أحمد عليه فى كل مسألة . فأقر له بها ثانياً .

فالظاهر : أن ذلك كان بعد موت ابن الحكم ، وقبل وفاة الإمام أحمد بيسير ، وابن منصور ممن روى الضمان . فيكون متأخراً عن رواية ابن الحكم . انتهى .

وتقدم نظير ذلك فى الباب عند قوله « وإن غصب ثوباً فقصره ، أو غزلاً فنسجه » .

قال فى الفروع هنا : ونقل ابن الحكم : لا أجرة مطلقاً ، يعنى سواء انتفع به أولا .

وظاهر المبهج : التفرقة . يعنى إن انتفع به فعليه الأجرة ، وإلا فلا . واختاره بعض الأصحاب .

وجعله الشيخ تقى الدين رحمه الله ظاهر ما نُقل عنه .

وقد نقل ابن منصور : إن زرع بلا إذنه ، فعليه أجرة الأرض بقدر ما استعملها إلى رده أو إتلافه أو رد قيمته .

فائدتان

إحداهما : لو كان العبد ذا صنائع : لزمه أجرة أعلاها فقط .

الثانية : منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المغصوب . تضمن بالفوات والتفويت

تنبيه : قال الحارثى « أبو بكر » المبهم فى الكتاب . هو الخلال . وإطلاق « أبى بكر » فى عرف الأصحاب إنما هو أبو بكر عبد العزيز ، لا الخلال ، وإن كان يحتمل أن يكون من كلام أبى بكر عبد العزيز . كما قال . فإنه أدخل فى جامع الخلال شيئاً من كلامه . فربما اشتبه بكلام الخلال . إلا أن القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما من أهل المذهب : إنما حكوه عن الخلال . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ غصبَ شيْئًا ، فعجزَ عنْ ردِّهِ فأدَّى قِيمتَهُ : فعليْهِ أجْرتُه إلى وقتِ أداءِ القِيمةِ . وفِيما بعْدهُ وجْهانِ ﴾ .

إن كان قبل أداء القيمة : فحكمه حكم المسألة التى قبلها ، خلافاً ومذهباً .

وإن كان بعد أدائها : فأطلق فى وجوبها الوجهين . وأطلقهما فى التلخيص . وقال : ذكرهما القاضى ، وابن عقيل .

أحدهما : لايلزمه . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المستوعب ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره وقدمه فى الفروع ، وغيره .

والوجه الثانى : يلزمه . لأن العين باقية على ملك المغصوب منه والمنفعة .

فعلى هذا الوجه : تلزمه الأجرة إلى رده مع بقائه .

فائدة : قال فى الفروع ، وظاهر كلام الأصحاب : أنه يضمن رائحة المسك ونحوه ، خلافاً للانتصار ، لا نقداً لتجارة .

قلت : الذى ينبغى : أن يقطع بالضمان فى ذهاب رائحة المسك ونحوه .

قوله ﴿ وتصرُّفاتُ الغاصِبِ الحُكْميَّةُ ـ كالحجِّ وسائرِ العِبادَاتِ ، والعُقُودِ . كالبَيْعِ ، والنِّكاحِ ، ونحْوِهَا ـ باطِلَةٌ فِى إِحْدَى الرِّوَايتَيْنِ ﴾ .

وهى المذهب . قال الشارح : هذا أظهر .

قال الزركشى : هذا المذهب . وصححه فى التصحيح وغيره .

قال فى التلخيص ، فى باب البيع : وإن كثرت تصرفاته فى أعيان المغصوبات يحكم ببطلان الكل . على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . ذكره فى كتاب البيع فى الشرط السابع .

والأخرى : صحيحة .

وعنه : تصح موقوفة على الإجازة . وأطلقهن فى الفائق .

وقال ، وقيل : الصحة مقيدة بما لم يبطله المالك من العقود . انتهى .

قلت : قال الشارح : وقد ذكر شيخنا فى الكتاب المشروح رواية : أنها صحيحة .

وذكرها أبو الخطاب . قال : وهذا ينبغى أن يتقيد فى العقود بما إذا لم يبطله المالك .

فأما إن اختار المالك إبطاله ، فأخذ المعقود عليه . فلا نعلم فيه خلافاً .

وأما مالم يدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه : أن الغاصب تطول مدته ، وتكثر تصرفاته . ففى القضاء ببطلانها ضرر كثير . وربما عاد الضرر على المالك . انتهى .

وقال ماقاله الشارح ، والقاضى فى خلافه ، وابن عقيل . نقله عنهما فى الفائدة العشرين ، والمصنف فى المغنى .

وأطلق الرواية مرة كما هنا ، ومرة قال : ينبغى أن يقيد . كما قال الشارح . وقال : هو أشبه من الإطلاق .

قال الحارثى : وهذه الرواية لم أر من تقدم المصنف وأبا الخطاب فى إيرادها ،

وقال أيضاً : وأما الصحة على الإطلاق : فلا أعلم به أيضاً ، سوى نصه على ملك المالك ، كربح المال المغصوب ، كما سنورده فى مسألة الربح .

وقال ـ عن كلام المصنف فى تقييد الرواية ـ : أما طول مدة الغصب ، وكثرة تصرفات الغاصب : فلا يطرد . بل كثير من المغصوب لايتصرف فيه بعقد أصلا ، وبتقدير الاطراد غالباً .

تنبيهان

أحدهما : بنى المصنف فى المغنى ، وجماعة : تصرف الغاصب ، على تصرف الفضولى . فأثبت فيه ما فى تصرف الفضولى ، من رواية الانعقاد موقوفا على إجازة المالك .

قال الحارثى : ومن متأخرى الأصحاب : من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولى . قال ، وليس بشىء .

ثم قال : ولا يصح إلحاقه بالفضولى . وفرق بينهما بفروق جيدة .

الثانى : هذا الخلاف المحكى فى أصل المسألة من حيث الجملة . وقد قسمها المصنف قسمين : عبادات ، وعقود .

فأما العبادات : ففيها مسائل .

منها : الوضوء بماء مغصوب ، والوضوء من إناء مغصوب ، وغسل النجاسة بماء مغصوب ، وستر العورة بثوب مغصوب ، والصلاة فى موضع مغصوب .

وقد تقدم ذلك مستوفًى فى كتاب الطهارة ، والآنية ، و إزالة النجاسة ، وستر العورة ، واجتناب النجاسة .

ومنها : الحج بمال مغصوب ، كما قال المصنف . والصحيح من المذهب : أنه لا يصح . نص عليه .

قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح من المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره

قال فى الخلاصة : باطل على الأصح .

قال الشارح : باطل على الأظهر .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : يبطل فى كل عبادة على الأصح .

وصححه الناظم ، وغيره . وقدمه الحارثى وغيره . وهو من مفردات المذهب .

وقيل عنه : يجزئه مع الكراهة . قاله ابن أبى موسى . واختاره ابن عقيل .

قال الحارثى : وهو أقوى .

قلت : وهو الصواب . فيجب بَدَل المال ديناً فى ذمته .

ومنها : الهدى المغصوب : لايجزئ . صرح به الأصحاب . نص عليه فى رواية على بن سعيد .

وعنه : الصحة موقوفة على إجازة المالك .

ونص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره : فلا يجزئه ، وبين أن يظن أنها لنفسه : فيجزئه فى رواية ابن القاسم ، وسندى .

وسوى كثير من الأصحاب بينهما فى حكاية الخلاف .

قال فى الفائدة العشرين : ولا يصح .

وإن كان الثمن مغصوباً : لم يجزه أيضاً . اشتراه بالعين أو فى الذمة . قاله الحارثى .

قلت : لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه فى الذمة لكان متجهاً .

ومنها : لو أوقع الطواف أو السعى أو الوقوف على الدابة المغصوبة . ففى الصحة روايتا الصلاة فى البقعة المغصوبة . قاله الحارثى .

قلت : النفس تميل إلى صحة الوقوف على الدابة المغصوبة .

ومنها : أداء المال المغصوب فى الزكاة غير مجزئ .

قال الحارثى : ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف فى الزكاة . وتبعه المصنف فى المغنى وغيره من الأصحاب . كما انتظمه عموم إيراد الكتاب .

فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب ـ وهو الصحيح ـ فهذا شىء لا يقبل نزاعاً ألبتة . لما فيه من النص . فلا يتوهم خلافه .

وإن أريد به الأداء عن المالك ، بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب ـ وهو بعيد جداً ـ فإن الواقع من التصرف للعبادة إنما يكون عن الغاصب نفسه . فلا

يقبل أيضاً . خلافاً لاتفاقنا على اعتبار نية المالك ، إلا أن يمتنع من الأداء . فيقهره الإمام على الأخذ منه . فيجزىء فى الظاهر . وليس هذا بواحد من الأمرين . فلا يجزىء بوجه .

ومنها : كل صدقة – من كفارة ، أو نذر ، أو غيرهما – كالزكاة سواء .

ومنها : عتق المغصوب . لا ينفذ بلا خلاف فى المذهب . ونص عليه . قاله الحارثى .

ومنها : الوقف . لا ينفذ فى المغصوب قولا واحداً .

لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوباً . فإن اشترى بعين المال : لم ينفذ . وإن اشترى فى الذمة ، ثم نقده . فإن قيل بعدم إفادة المالك : لم ينفذ . وإن قيل بالإفادة : نفذ العتق والوقف . قاله الحارثى .

وأما العقود – من البيع ، والإجارة ، والنكاح ، ونحوها – : فالعقد باطل . على الصحيح من المذهب . ونص عليه الأصحاب .

وتقدم حكاية الرواية بالصحة . والكلام عليها ، والرواية بالوقف على الإجازة .

تنبيه : قوله ﴿ وَتَصَرُّفَاتُ الغَاصِبِ الْحُكْمِيَّةُ ﴾ .

أى التى يحكم عليها بصحة أو فساد . احترازاً من غير الحكمية . كإتلاف المغصوب . كأكله الطعام ، أو إشعاله الشمع ، ونحوهما . وكلبسه الثوب ونحوه . فإن هذا لا يقال فيه صحيح ولا فاسد . والله أعلم .

قال ابن نصر الله فى حواشى الوجيز : وقوله « الحكمية » احتراز من التصرفات الصورية .

فالحكمية : ماله حكم من صحة وفساد ، كالبيع ، والهبة ، والوقف ، ونحوه .

والصورية : كطحن الحب ، ونسج الغزل ، ونجر الخشب ، نحوه . انتهى . وهو كالذى قبله .

قوله ﴿ وَإِنِ اتَّجَرَ بِالدَّرَاهِمِ فَالرِّبْحُ لِمَالِكِهَا ﴾ .

يعنى إذا اتجر بعين المال ، أو بثمن الأعيان المغصوبة : فالمال وربحه لمالكها .
وهذا الصحيح من المذهب . ونص عليه . ونقله الجماعة . وعليه الأصحاب .
قال المصنف ، والشارح ، قال أصحابنا : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له .
وجزم به فى الوجيز . وغيره . وقدمه فى الفروع . وغيره . وهو من مفردات المذهب
واحتج الإمام أحمد بخبر عروة بن الجعد رضى الله عنه .

ونقل حرب فى خبر عروة : إنما جاز ، لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام جوزه له
وقيد جماعة ـ منهم : صاحب الفنون ، والترغيب ـ : الربح للمالك إن صح
الشراء . وأطلق الأكثر .

وقال الحارثى : ويتخرج من القول ببطلان التصرف : رواية بعدم الملك
للربح . وهو الأقوى . انتهى .

وعنه : يتصدق به .

وقيل : لا يصح بعينه . إن قلنا النقود تتعين بالتعيين .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى فِى ذِمَّتِهِ ثُمَّ نَقَدَهَا فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعنى : الربح للمالك أيضاً .

واعلم أنه إذا اشترى فى الذمة ، أو باع سَلَماً ، ثم أقبض المغصوب وربح :
فالعقد صحيح . على المذهب . والإقباض فاسد . بمعنى أنه غير مبرىء . وصحة العقد
نص عليها فى رواية المروذى .

وحكى القاضى فى التعليق الكبير وجهاً : يكون العقد موقوفاً على إجازة
المالك . إن أجازه صح ، وإلا بطل . قال : وهو أصح مايقال فى المسألة .

قال الحارثى : وهو مأخوذ من مثله فى مسألة الفضولى . قال : وهو مشكل .
إذ كيف يقف تصرف الإنسان لنفسه على إجازة غيره . انتهى .

وأما الربح ، فقدم المصنف هنا : أنه للمالك . وهو الصحيح من المذهب .

قال الشارح : هذا المشهور فى المذهب .

قال الحارثى : هو ظاهر المذهب . وجزم به جماهير الأصحاب ، حتى أبو الخطاب فى رءوس المسائل . انتهى .

وجزم به فى الإرشاد وغيره . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمستوعب ، وغيرهم . وهو من المفردات .

وقال فى المحرر ، والوجيز ، والمنور : إذا اشترى فى ذمته بنية نقدها : فالربح للمالك . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وعنه : الربح للمشترى . وهو احتمال فى الشرح . وهو قياس قول الخرقى .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

فعليها : يجوز له الوطء . ونقله المرذوى .

وعلى هذا : إن أراد التخلص من شبهة بيده : اشترى فى ذمته ، ثم نقدها . وقاله القاضى ، وابن عقيل . وذكره عن الإمام أحمد رحمه الله .

فوائد

الأولى : لو اتجر بالوديعة : فالربح للمالك . على الصحيح من المذهب . ونص عليه فى رواية الجماعة .

ونقل حنبل : ليس لواحد منهما ، ويتصدق به .

قال الحارثى : وهـذا من الإمام أحمد مقتضٍ لبطلان العقد . وذلك وفق المذهب المختار فى تصرف الغاصب . وهو أقوى . انتهى .

الثانية : لو قارض بالمغصوب ، أو الوديعة : فالربح على ما تقدم . ولا شىء للعامل على المالك . وإن علم : فلا شىء له على الغاصب أيضاً . وإلا فله عليه أجرة المثل .

الثالثة : إجارة الغاصب للمغصوب . وهو كالبيع ، كما تقدم . وهو داخل فى كلام المصنف . والأجرة للمالك . نص عليه .

وظاهر كلام الإمام أحمد : أن المسمى هو الواجب للمالك . قاله الحارثى .

وقال المصنف ، وغيره : إن الواجب أجرة المثل .

قال الحارثى : وهوأقوى .

الرابعة : لو أنكح الأمة المغصوبة ، ففى البطلان والصحة : ماقاله المصنف فى المتن .

قال الحارثى ، والتصحيح : لا أصل له . فإنه مقتضٍ لنفى اشتراط الولى فى النكاح . وهو خلاف المذهب .

لكن قد يقرب إجراؤه مجرى الفضولى . فتأتى رواية الانعقاد مع الإجازة .

الخامسة : لو وهب المغصوب : ففيه الخلاف السابق . والصحيح من المذهب : البطلان ، على ماتقدم .

السادسة : تذكية الغاصب الحيوانَ المأكول ، وفى إفادتها لحل الأكل : روايتان .

إحداهما : هو ميتة . لايحل أكله مطلقاً . جزم به أبو بكر فى التنبيه .

والرواية الثانية : يحل . قال الحارثى : وهو قول الأكثرين . انتهى .

وهذا المذهب . وهو قول غير أبى بكر من الأصحاب . قاله فى القاعدة الثانية بعد المائة .

وقد نبه عليه المصنف قبل ذلك فيما إذا ذبح الشاة وشواها .

ويأتى نظير ذلك فى ذبح السارق الحيوان المسروق ، فى باب القطع فى السرقة .

ومن جملة المسائل المتعلقة بذلك : التذكية بالآلة المغصوبة . وكذلك التزوج بمال مغصوب . وفى كل منهما خلاف يأتى .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قِيمَةِ الْمَغْصُوبِ ، أَوْ قَدْرِهِ ، أَوْ صِنَاعَةٍ فِيهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ﴾ .

لا أعلم فيه خلافا .

فائدة : لو اختلفا فى تلف المغصوب . فالقول قول الغاصب فى تلفه . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : قبل قول الغاصب فى الأصح . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه الحارثى .

وقيل : القول قول المالك . اختاره الحارثى . وهما احتمالان مطلقان فى التلخيص

فعلى المذهب : للمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببدله . على الصحيح من المذهب . وقدمه فى الشرح ، والتلخيص ، والفروع . وصححه الحارثى . واختاره المصنف .

وقيل : ليس له مطالبته ، لأنه لايدعيه .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى رَدِّهِ ، أَوْ عَيْبٍ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ﴾ .

بلا نزاع أعلمه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

لكن لو شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب ، فقال المالك : حدث عندالغاصب ، وقال الغاصب : بل كان فيه قبل غصبه : فالقول قول الغاصب . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، وغيره . وقدمه فى شرح الحارثى ، والشرح .

وقال : ويتخرج أن القول قول المالك ، كما لو تبايعا واختلفا فى عيب : هل كان عند البائع ، أو حدث عند المشترى ؟ فإن فيه رواية : أن القول قول البائع . كذلك هذا . إذ الأصل السلامة ، وتأخر الحدوث عن وقت الغصب . انتهى .

قلت : هذه الرواية اختارها جماعة من الأصحاب هناك ، على ماتقدم فى الخيار فى العيب .

قوله ﴿ وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لاَ يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا : تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ، بِشَرْطِ الضَّمَانِ ، كَاللُّقَطَةِ ﴾ .

إذا بقى فى يده غصوب لايعرف أصحابها ، فسلمها إلى الحاكم : برىء من عهدتها ، بلا نزاع . ويجوز له التصدق بها عنهم بشرط ضمانها . ويسقط عنه إثم الغصب . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى القاعدة السابعة والتسعين : لم يذكر أصحابنا فيه خلافا .

وقال فى القاعدة السادسة بعد المائة : ويتصدق بها عنه . على الصحيح ، وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

نقل المروذى : يعجبنى الصدقة بها .

وقال فى الغنية : عليه ذلك .

ونقل أيضاً : على فقراء مكانه إن عرفه .

ونقل صالح : أو بقيمته .

وله شراء عرض بنقد ويتصدق به . ولا تجوز محاباة قريب وغيره . نص عليهما .

وظاهر نقل حرب فى الثانية : الكراهة .

قال فى الفروع : وهو ظاهر كلامهم فى غير موضع . انتهى .

وعنه : ليس له الصدقة بها . ذكرها القاضى فى كتاب الروايتين . وهو تخريج فى الشرح ، والفائق .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى وغيره : وكذا الرهون ، والودائع ، وسائر الأمانات .

كالأموال المحرمة فيما ذكرنا . وذكر نصوصاً فى ذلك .

وتقدم حكم المرهون فى آخر الرهن .

ويأتى قريباً من ذلك فى باب أدب القاضى ، عند حكم الهدية ، والرشوة .

وتأتى مسألة الوديعة فى بابها . وهل يلزم الحاكم الأخذ أم لا ؟

الثانية : لا يجوز لمن هذه الأشياء فى يده ـ وقلنا : له الصدقة بها ـ أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة . نص عليه .

وخرج القاضى : جواز الأكل منها إذا كان فقيراً ، على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه . نقله عنه ابن عقيل فى فنونه . وأفتى به الشيخ تقى الدين رحمه الله فى الغاصب إذا تاب .

تنبيه : ظاهر قوله « لا يعرف أربابها » أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم معرفة أربابها ، سواء كان قليلاً أو كثيراً . وهو المذهب . وقدمه فى الفروع .

ونقل الأثرم وغيره : له الصدقة بها إذا علم ربها وشق دفعه إليه ، وهو يسير ، كحبة .

وقطع به فى القاعدة السابعة والتسعين ، فقال : له الصدقة به عنه . نص عليه فى مواضع .

وقال الحارثى : إذا علم الغاصب المالك : فهنا حالتان .

إحداهما : انقطاع خبره لغيبة : إما ظاهرها السلامة ـ كالتجارة ، والسياحة . ومضت مدة الإياس ، ولا وارث له ـ : تصدق بها كما لو جهل . نص عليه . وإما ظاهرها الهلاك ـ كالمفقود من بين أهله ، أو فى مهلكة ، أو بين الصفين ونحوه . وكذلك أربع سنين ، وأربعة أشهر وعشر ، ولا وارث له ـ تصدق به أيضاً . نص عليه . وإن كان له وارث : سلم إليه .

وأنكر أبو بكر : الزيادة على الأربع سنين ، وقال : لا معنى للأربعة أشهر فى ذلك .

قال القاضى ، وغيره : أصل المسألة : هل يقسم مال المفقود المدة التى تباح زوجته فيها ، أو لأربع سنين فقط ؟ على روايتين .

وإن لم تمض المدة المعتبرة : ففى المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار .

وأما ما اؤتمن عليه ـ كالوديعة ، والرهن ـ : فليس عليه الدفع إليه .

الحالة الثانية : أن يعلم وجوده . فإن كان غائباً : سلم إلى وكيله ، وإلا فإلى الحاكم . وإن كان حاضراً فإليه أو إلى وكيله .

وإن علم موته : فإلى ورثته . فإن لم يكن له ورثة : تصدق به . نص عليه . ولا يكون لبيت المال فيه شىء .

ويأتى : إذا كسب مالا حراماً برضى الدافع ونحوه ، فى باب أدب القاضى ، عند الكلام على الهدية للحاكم .

تنبيه : قول المصنف « كاللقطة » قال الحارثى : الأليق فيه التشبيه بأصل الضمان . لا فى مضمون الصدقة والضمان . فإن المذهب فى « اللقطة » التملك لا التصدق . انتهى .

قلت : بل الصحيح من المذهب : جواز التصدق باللقطة التى لاتملك بالتعريف على مايأتى من كلام المصنف فى اللقطة .

قال الشارح هنا : وعنه فى اللقطة لاتجوز الصدقة بها . فيتخرج هنا مثله .

فوائد

إحداها : قال فى الفروع : لم يذكر الأصحاب فى ذلك سوى الصدقة بها .

ونقل إبراهيم بن هانىء : يتصدق بها ، أو يشترى بها كراعاً ، أو سلاحاً يوقف . هو مصلحة للمسلمين . انتهى .

قلت : قد ذكر ذلك الحارثى . وقال عن ذلك : ينزل منزلة الصدقة . انتهى .

قال فى الفروع : وسأله جعفر عمن مات ، وكان يدخل فى أمور تنكره ، فيريد بعض ولده التنزه ؟ فقال : إذا دفعها إلى المساكين ، فأى شىء بقى عليه ؟ واستحسن أن يوقفها على المساكين . ويتوجه على أفضل البر .

قال الشيخ تقى الدين ، رحمه الله : تصرف فى المصالح . وقاله فى وديعة وغيرها .

وقال : قاله العلماء . وأنه مذهبنا . ومذهب أبى حنيفة ، ومالك . وهذا مراد أصحابنا . لأن الكل صدقة .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : من تصرف فيه بولاية شرعية لم يضمن .

وقال : ليس لصاحبه إذا عرف ردُّ المعاوضة ، لثبوت الولاية عليها شرعاً للحاجة . كمن مات ولا ولىّ له ، ولا حاكم .

مع أنه ذكر أن مذهب الإمام أحمد رحمه الله : وقف العقد للحاجة لفقد المالك ، ولغير حاجة الروايتان .

وقال ـ فيمن اشترى مال مسلم من التتر لما دخلوا الشام ـ : إن لم يعرف صاحبه صرف فى المصالح ، وأعطى مشتريه مااشتراه به . لأنه لم يصِرْ لها إلا بنفقته و إن لم يقصد ذلك . كما رجحه فيمن اتجر بمال غيره وربح .

ونص فى وديعة : تُنْتَظَر ، كمال مفقود . وأن جائزة الإمام أحب إليه من الصدقة .

قال القاضى : إن لم يعرف أن عينه مغصوب : فله قبوله .

وسوى ابن عقيل وغيره بين وديعة وغصب . ذكرهما الحلوانى كرهن .

الثانية : إذا تصدق بالمال ، ثم حضر المالك : خير بين الأجر و بين الأخذ من المتصدق . فإن اختار الأجر : فذاك . و إن اختار الأخذ : فله ذلك . والأجر للغارم . نص عليه فى الرهن . قاله الحارثى .

الثالثة : إذا لم يبق درهم مباح . فقال فى النوادر : يأكل عادته . لاما له عنه غنية . كحلواء وفاكهة .

قوله ﴿ وَمَنْ أَتْلَفَ مَالاً مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ : ضَمِنَهُ ﴾ .

سواء كان عمداً أو سهواً .

ومفهومه : أن غير المحترم لا يضمنه ، كمال الحربى والصائل ، والعبد فى حال قطعه الطريق ونحوه . وهو كذلك .

تنبيه : يستثنى من قوله « ومن أتلف مالا محترماً ضمنه » الحربى إذا أتلف مال المسلم . فإنه لا يضمنه .

فوائد

منها : قال فى الفائق ، قلت : ولو أتلف لغيره وثيقة بمال ـ لا يثبت ذلك المال إلا بها ـ ففى إلزامه ما تضمنته احتمالان .

إحداهما : يلزمه . كقول المالكية . انتهى .

قلت : وهذا الصواب .

وقال فى الفروع ، فى باب القطع فى السرقة : وإن سرق فَرْدَ خُف ، قيمة كل واحد منهما منفرداً درهمان ، ومعاً عشرة : ضمن ثمانية قيمة المتلف خمسة ونقص التفرقة ثلاثة .

وقيل : درهمين . ولا قطع .

قال : وضمان ما فى وثيقة أتلفها إن تعذر : يتوجه تخريجه عليها . انتهى .

وقال ابن نصر الله فى حواشى الفروع : وقد يخرج الضمان للوثيقة من مسألة الكفالة . فإنها تقتضى إحضار المكفول ، أو ضمان ما عليه وهنا : إما أن يحضر الوثيقة ، أو يضمن ما فيها إن تعذرت .

ومنها : لو أكره على إتلاف مال الغير ، فقيل : يضمنه مكرهه . قطع به القاضى فى كتابه « الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر » وابن عقيل فى عمد الأدلة قاله فى القواعد

وقيل : هو كمضطر .

قال فى التلخيص : يجب الضمان عليهما . واقتصر عليه الحارثى . وهو احتمال للقاضى فى بعض تعاليقه . وأطلقهما فى الفروع ، والقواعد .

وقال فى الرعاية : وإن أكره على إتلافه ضمنه . يعنى المباشر . وقطع به . انتهى .

فإذا ضمن المباشر . إن كان جاهلا : رجع على مكرهه . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الرعاية . وصححه فى الفروع . وقيل : لا يرجع .

وإن كان عالماً : لم يرجع . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يرجع . لإباحة إتلافه ووجوبه . بخلاف الإكراه على القتل ولم يختره ، بخلاف مضطر .

وهل لمالكه مطالبة مكرهه إذا كان المكره ـ بفتح الراء ـ عالما ، وقلنا : له الرجوع عليه ؟ فيه وجهان .

وقال فى الرعايتين : يحتمل وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : له مطالبته .

فإن قلنا : له مطالبته وطالبه . رجع على المتلف ، إن لم يرجع عليه .

وقيل : الضمان بينهما .

ومنها : لو أذن رب المال فى إتلافه ، فأتلفه : لم يضمن المتلف مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقال ابن عقيل : إن عين الوجه المأذون فيه ـ مع غرض صحيح ـ لم يضمن .

وقال فى الفنون : لو أذن فى قتل عبده ، فقتله : لزمه كفارة لله وأثم . ولو أذن فى إتلاف ماله : سقط الضمان والمأثم ، ولا كفارة .

وقال ـ بعد ذلك ـ : يمنع من تضييع الحب والبذر فى الأرض السبخة بما يقتضى أنه محل وفاق .

قال فى الفروع : وسبق أنه يحرم ـ فى الأشهر ـ دفن شيء مع الكفن .

قوله ﴿ وَإِنْ فَتَحَ قفصًا عَنْ طَائِرٍ ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسٍ : ضَمِنَهُ ﴾

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى التلخيص ، قال أصحابنا : يلزمه الضمان فى جميع ذلك . سواء تعقب ذلك فعله ، أو تراخى عنه .

قال فى القواعد : ذكره القاضى ، والأكثرون .

قال الحارثى : لايختلف فيه المذهب .

وقال فى الفنون : إن كان الطائر متأنفاً : لم يضمنه .

وقال أيضاً : الصحيح التفرقة بين مايحال الضمان على فعله كالآدمى . و بين مالا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات . فإذا حل قيد العبد : لم يضمن .

وقيل : لايضمن إلا إذا ذهبوا عقب الفتح والحل .

فعلى المذهب : يضمنه ، سواء ذهب عقب فعله أو متراخياً عنه . وسواء هيج الطائر والدابة حتى ذهبا أو لم يهيجهما . قاله الأصحاب .

فوائد

إحداها : لو بقى الطير والفرس بحالهما ، حتى نفرهما آخر : ضمنهما المنفر . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية ، وغيرهم .

الثانية : لو دفع مبرداً إلى عبد فبرد به قيده ، فهل يضمنه أم لا ؟

حكى فى الفصول ، والتلخيص ، والرعاية : فيه احتمالين . وحكاهما فى الفروع وجهين . وأطلقوهما .

قلت : الصواب الضمان . وهو ظاهر ماقدمه الحارثى .

ولو دفع مفتاحاً إلى لص : لم يضمن .

الثالثة : لو حل قيد أسير : ضمن . كحل قيد العبد . وكذا لو فتح الاصطبل فضاعت الدابة . وكذا لو حل رباط سفينة فغرقت ، وسواء كان لعصوف ريح أو لا . على الصحيح من المذهب .

وعلى قول القاضي : لايضمن العصوف .

الرابعة : قال الشيخ تقي الدين : لو غرم بسبب كذب عليه ، عند ولي الأمر : رجع على الكاذب .

قلت : وهو الصحيح . وتقدم ذلك وغيره في باب الحجر .

الخامسة : لو كانت الدابة المحمولة عقوراً وجنت : ضمن جنايتها . ذكره ابن عقيل ، وغيره . واقتصر عليه في شرح الحارثي . كما لو حل سلسلة فهدٍ ، أو ساجور كلب : فعقر .

وإن أفسدت زرع إنسان فكإفساد دابة نفسه . على مايأتي .

السادسة : لو وثبت هرة على الطائر بعد الفتح : ضمنه . وقد تضمنه كلام المصنف .

وكذا لو كسر الطائر في خروجه قارورة : ضمنها .

قوله ﴿ أَوْ حَلَّ وِكَاءَ زِقٍّ مَائِعٍ أَوْ جَامِدٍ ، فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا ، فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ ، فَانْدَفَقَ : ضَمِنَهُ ﴾ .

إذا حل وكاء زق مائع فاندفق : ضمنه . بلا نزاع أعلمه .

وإن كان منتصباً فسقط بريح ، أو زلزلة أو طائر : ضمن . على الصحيح من المذهب . وقدمه في المغني ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحارثي . ونصره .

وقال القاضى : لايضمن ما ألقته الريح . وكذا قال أبو الخطاب ، وغيره .

وقال الحارثى : وعن القاضى ، وابن عقيل : لايضمن . وقدمه فى التلخيص .

وإن ذاب بالشمس واندفق : ضمن . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : وافق على ذلك القاضى، وصاحب التلخيص . وقدمه فى المغنى ، والكافى ، وغيرهما .

وقال فى الفائق : قال القاضى : لايضمن ، فلعل له قولان .

وقال ابن عقيل : عندى لا فرق بين حر الشمس وهبوب الريح . فإما أن يسقط الضمان فى الموضعين ، أو يجب فيهما . واختار أنه لا ضمان هنا أيضاً .

وقال فى الفروع : وإن حلّ وِعاء فيه دهن جامد ، فذهب بريح ألقته ، أو شمس : فوجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِى طَرِيقٍ فَأَتْلَفَتْ ﴾ .

ضمن . شمل مسألتين .

إحداهما : أن يكون الطريق ضيقاً ، فيضمن ما أتلفت . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والزركشى ، وغيرهم . وقاله ابن عقيل ، وابن البنا . ولو كان ما أتلفته بنفح رجلها . نص عليه .

ومن ضربها فرفسته فمات : ضمنه . ذكره فى الفنون .

والمسألة الثانية : أن تكون الطريق واسعة . فظاهر ماقطع به المصنف هنا : أنه يضمن . قال الحارثى : وكذا أورده ابن أبى موسى ، وأبو الخطاب ، مطلقاً . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

قلت : وهو ظاهر ماجزم به فى المذهب ، والخلاصة ، لإطلاقهم الضمان . وقدمه فى القاعدة الثامنة والثمانين . وقال : هـذا المنصوص . وذكر النصوص فى ذلك .

والرواية الثانية : لايضمن إذا لم تسكن فى يده . ذكرها القاضى فى المجرد .
وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والفروع ، والقواعد الأصولية ، والزركشى .

وقال القاضى فى كتاب الروايتين ، وغيره : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لايضمن إذا كان واقفاً لحاجة ، والطريق واسع .

قال الحارثى : وهو الأقوى نظراً .

فائدة : لو ترك طيناً فى طريق ، فزلق فيه إنسان ، أو خشبة ، أو عموداً ، أو حجراً ، أو كيس دراهم . نص عليه ، أو أسند خشبة إلى حائط ، فتلف به شىء : ضمنه . جزم به فى الفروع ، وغيره .

ويأتى فى أول كتاب الديات : إذا صب ماء فى طريق ، أو بالت فيها دابة ، أو رمى قشر بطيخ . فتلف به إنسان ، فى كلام المصنف .

قوله ﴿ أَوِ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ، إلاّ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ مَنْزِلَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ﴾ .

إذا دخل بيته بإذنه فعقره ، أو خرق ثوبه ، أو فعل ذلك خارج البيت : ضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : يضمن بغير خلاف فى المذهب . إذا فعل ذلك خارج المنزل .

وقال : إذا دخل بإذنه : ينبغى تقييده بما إذا لم ينبهه على الكلب ، وعلى كونه غير موثق . أما إن نبه : فلا ضمان .

قال فى الرعاية : إن عقر خارج الدار : ضمن ، إن لم يكفه ربه ، أو يحذر منه . انتهى .

وعنه : لا يضمن . اختاره الشريف أبو جعفر .

وإن دخل بيته بغير إذنه ، ففعل ذلك به : لم يضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : يضمن أيضاً . اختاره القاضى فى الجامع .

ونقل حنبل : إذا كان الكلب موثقاً : لم يضمن ماعقر .

قوله ﴿ وَقِيلَ : فِى الكَلْبِ العَقُورِ رِوَايَتَانِ فِى الجُمْلَةِ ﴾

يعنى : روايتين مطلقتين ، سواء دخل بإذن أو لا . وسواء كان فى منزل صاحبه ، أو خارجا عنه . ذكره الشارح .

قال الحارثى : أورد المصنف ـ فى كتابيه ـ وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وصاحب المحرر : ذلك من غير خلاف فى شىء من ذلك .

وحكى القاضى فى الجامع الصغير فى الضمان مطلقا من غير تقييد بإذن : روايتين . وهو ماحكى أبو الخطاب فى كتابيه عن القاضى . وأورده المصنف هنا .

وجرى على حكاية هذا الخلاف جماعة من أئمة المذهب : الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروس فى كتبهم الخلافية .

واختلفوا . فمنهم من صحح الضمان ، وهو القاضى فى الجامع . ومنهم من عكس ، وهو قول الشريف . والظاهر من كلام أبى الخطاب ، وابن بكروس .

وقال : وقول المصنف « وقيل : فى الكلب روايتان » .

قال شيخنا ابن أبى عمر فى شرحه : سواء كان فى منزل صاحبه ، أو خارجا ، وسواء دخل بإذن صاحب المنزل أو لا .

قال : وليس كذلك . فإن كلام أبى الخطاب ـ الذى أخذ منه المصنف ذلك ـ إنما هو وارد فى حالة الدخول . والإجمال فيه عائد على الإذن وعدمه .

وكذلك أورد السامرى فى كتابه . فقال : إن اقتنى فى منزله كلباً عقوراً ، فعقر فيه إنساناً ، إن كان دخل بغير إذنه : فلا ضمان . وإن كان بإذنه : فعليه الضمان .

قال : وخرجها القاضى على روايتين : الضمان ، وعدمه . فإن عقر خارج المنزل : ضمن . ذكرها ابن أبى موسى . انتهى .

قال الحارثى : فخصص الخلاف بحالة العقر داخل المنزل دون خارجه . وهو الصحيح . انتهى . وهذا قطع به ابن منجا فى شرحه .

فوائد

الأولى : إفساد الكلب بما عدا العقر ـ كبوله وولوغه فى إناء الغير ـ لايوجب ضماناً . ذكره المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

وكذلك لايضمن ما أتلفه غير العقور ليلاً ونهاراً . قاله المصنف . وغيره . وهو ظاهر كلام الأصحاب ، لتقييدهم الكلب بالعقور .

قال الحارثى : وكلام المصنف محمول على مايباح اقتناؤه . وأما مايحرم ـ كالكلب الأسود ـ فيجب الضمان به . لأنه فى معنى العقور فى منع الاقتناء واستحقاق القتل . وكذلك ماعدا كلب الصيد والحرث والماشية . لأنه فى معنى ماتقدم . فيحصل العدوان بإمساكه . انتهى .

الثانية : لو اقتنى أسداً أو نمراً أو ذئباً ، ونحو ذلك من السباع المتوحشة : فكالكلب العقور فيما تقدم . لأنه فى معناه وأولى . لعدم المنفعة .

الثالثة : لو اقتنى هرة تأكل الطيور ، وتقلب القدور فى العادة : فعليه ضمان ماتتلفه ليلاً ونهاراً ، كالكلب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق وقالوا ـ إلا صاحب الفروع ـ قاله القاضى .

قال الحارثى : ذكره أصحابنا .

فإن لم يكن من عادتها ذلك : فلا ضمان . قاله الأصحاب .

ولو حصل عنده كلب عقور ، أو سنور ضار من غير اقتناء واختيار ، وأفسد : لم يضمن .

الرابعة : يجوز قتل الهر بأكل لحم ونحوه . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقال في الفصول : له قتلها حين أكلها فقط . واقتصر عليه الحارثى . ونصره .

وقال في الترغيب : له قتلها إذا لم تندفع إلا به ، كالصائل .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّجَ نَارًا فِي مِلْكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَعَدَّى إِلَى مِلْكِ غَيْرِهِ فَأَتْلَفَهُ : ضَمِنَهُ إِذَا كَانَ قَدْ أَسْرَفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَّطَ ، وَإِلَّا فَلَا ﴾

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال في الفروع ، والمراد : لا بطريان ريح . ولهذا قال في عيون المسائل : لو أججها على سطح دار . فهبت الريح ، فأطارت الشرر : لم يضمن . لأنه في ملكه ولم يفرط . وهبوب الريح ليس من فعله . بخلاف مالو أوقف دابته في طريق فبالت ، أو رمى فيها قشر بطيخ . لأنه في غير ملكه . فهو مفرط .

قال في الفروع : وظاهره لا يضمن في الأولى مطلقاً . انتهى .

وقال في الرعاية ـ بعد ذكر المسألة ـ قلت : وإن كان المكان مغصوباً : ضمن مطلقاً ، يعني : سواء فرط وأسرف أو لا . إن لم يكن للسطح سترة وبِقُرْبِهِ زرع ونحوه ، والريح هابة ، أو أرسل في الماء مايغلب ويفيض : ضمن .

وقيل : من أجج ناراً في ملك بيده له ، أو لغيره بإيجار أو إعارة ، وأسرف : ضمن ، وإلا فلا . وإن منع من ذلك لأذى جاره : ضمن . وإن لم يسرف . انتهى

فائدة : قال الحارثى قوله « أَسْرَفَ فِيه أَوْ فَرَّطَ » يغنى الاقتصار على لفظ « التفريط » لدخول « الإسراف » فيه انتهى .

قلت ، الذى يظهر : أن الأمر ليس كذلك ، وأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر . لأن « الإسراف » مجاوزة الحد عمداً عدواناً . وأما « التفريط » فهو التقصير في المأمور .

ولذلك قال بعض المحققين : فرط أو أفرط .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَ فِي فِنَائِهِ بِئْرًا لِنَفْسِهِ : ضَمِنَ مَا تَلِفَ بِهَا ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وجوز بعض الأصحاب حفر بئر لنفسه فى فنائه بإذن الإمام . ذكره القاضى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : نقلته من خطه فى مسألة حدثت فى زمنه .

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين : وفى الأحكام السلطانية : له التصرف فى فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : ومن لم يسد بئره سداً يمنع من الضرر : ضمن ماتلف بها .

ويأتى ذلك أيضاً فى أول كتاب الديات .

فائدة : لو حفر الحر بئراً بأجرة أولا ، وثبت علمه أنها فى ملك غيره ـ نص عليه ـ ضمن الحافر . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع . وقال : ونصه هما .

وقدمه الحارثى ، وقال : هو مقتضى إيراد ابن أبى موسى ـ يعنى : أنهما ضامنان ـ وإن جهل ضمن الآمر .

وقيل : الحافر . ويرجع على الآمر .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَهَا فِي سَابِلَةٍ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ : لَمْ يَضْمَنْ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم يكن فيه ضرر . وهذا المذهب بهذا الشرط .

قال فى الوجيز ، وغيره : إن كانت السابلة واسعة . وهو قيد حسن ، كما يأتى . جزم به ابن أبى موسى ، والقاضى فى الجامع الصغير ، وأبو الفرج الشيرازى ، وغيرهم . قال فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة : لم يضمن فى أصح الروايتين . وصححه

المصنف ، والشارح أيضاً ، والناظم . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، والرعايتين . والحاوى الصغير ، والمحرر .

وعنه : يضمن . ولم يذكر القاضى غير هذه الرواية .

قال الحارثى : وهذا له قوة . وإن كان المصنف وأبو الخطاب صححا غيره .

وعنه : لايضمن إن كان بإذن الإمام ، وإلا ضمن .

قال المصنف ، والشارح : قال بعض أصحابنا : لايضمن إذا كان بإذن الإمام.

قال الحارثى : وهذه طريقة القاضى فى المجرد ، وكتاب الروايتين ، وابن عقيل والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . انتهى .

وهى طريقة صاحب المحرر أيضاً .

وقال بعض الأصحاب : ينبغى أن يتقيد سقوط الضمان عنه فيما إذا حفرها فى موضع مائل عن القارعة ، بشرط أن يجعل عليه حاجزاً يعلم به ، ليتوقَّى .

تنبيهان

أحدهما : محل الخلاف : إذا كانت السابلة واسعة . فإن كانت ضيقة : ضمن بلا نزاع .

قال الحارثى : لو حفر فى سابلة ضيقة : وجب الضمان . لأنه لايختلف المذهب فيه . وليس بداخل فيما أورده المصنف من الخلاف . وإن كان ظاهر الإيراد يشمله

ومحل الخلاف أيضاً : إذا حفر فى غير مكان يضر بالمارة .

فأما إن حفر فى طريق واسع فى مكان منه يضر بالمارة : فهو كما لو كان الطريق نفسه ضيقاً .

ولافرق بين كونه لمصلحة عامة ، أو خاصة ، بإذن الإمام أو غيره .

الثانى : مفهوم قوله « لنفع المسلمين » أنه لو حفر لنفع نفسه : أنه يضمن . وهو كذلك ، أذن فيه الإمام أو لم يأذن .

فائدتان

إحداهما : لو حفرها فى موات للتملك ، أو الارتفاق بها ، أو الانتفاع العام : فلا ضمان عليه . وقطع به الحارثى ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . ذكراه فى كتاب الديات .

الثانية : حكم مالو بنى فيها مسجداً أو غيره لنفع المسلمين ـ كالخان ونحوه ـ نقل إسماعيل بن سعيد فى المسجد : لا بأس به إذا لم يضر بالطريق .

ونقل عبد الله : أكره الصلاة فيه . إلا أن يكون بإذن إمام .

ونقل المروذى : حكم هذه المساجد التى بنيت فى الطريق : تهدم .

وسأله محمد بن يحيى الكحال : يزيد فى المسجد من الطريق ؟ قال : لا يصلى فيه .

ونقل حنبل : أنه سئل عن المساجد على الأنهار ؟ قال : أخشى أن يكون من الطريق .

وسأله ابن إبراهيم عن ساباط فوقه مسجد ، أيصلى فيه ؟ قال : لا يصلى فيه إذا كان من الطريق .

قال فى القواعد : الأكثر من الأصحاب قالوا : إن كان بإذن الإمام جاز . وإلا فروايتان ، مالم يضر بالمارة .

ومنهم من أطلق الروايتين .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فى البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لدعوى الحاجة إلى الحفر لنفع الطريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها . فهو كتنقيتها ، وحفر هدفه فيها ، وقلع حجر يضر بالمارة ، ووضع الحصا فى حفرة ليملأها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر فى طين فيها ليطأ الناس عليه . فهذا كله مباح . لا يضمن ماتلف به . لا نعلم فيه خلافاً .

قالا : وكذلك ينبغى أن يكون فى بناء القناطر . ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها . لأن مصلحته لا تعم . انتهى كلامهما .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله : حكم مابنى وقفاً على المسجد فى هذه الأمكنة : حكم بناء المسجد .

فائدتان

إحداهما : لو فعل العبد ذلك بأمر سيده : كان كفعل نفسه ، أعتقه أولا ؟ .

قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم من الأصحاب .

وقال الحارثى : إن كان ممن يجهل الحال : فلا إشكال فيما أطلق الأصحاب .

وإن كان ممن يعلمه : ففيه مافى مسألة القتل بأمر السيد ، إن علم الحرمة . وفيها روايتان .

إحداهما : القود على السيد فقط ، والأخرى : على العبد .

فيتعلق الضمان هنا برقبته . كما لو لم يأمر السيد .

وإن حفر بغير أمر السيد : تعلق الضمان برقبته .

ثم إن أعتقه . فما تلف بعد عتقه : فعليه ضمانه . قاله المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو الأصح .

وقال صاحب التلخيص وغيره : الضمان على المعتق بقدر قيمة العبد ، فما دونه .

الثانية : لو أمره السلطان بفعل ذلك : ضمن السلطان وحده .

قوله ﴿ وَإِنْ بَسَطَ فِى مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قِنْدِيلاً : لَمْ يَضْمَنْ مَاتَلِفَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر .

قال الحارثى : هذا ماحكى المصنف ، والقاضى فى الجامع الصغير ، وأبوالخطاب ، والشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ـ والسامرى ـ فى آخرين ـ عن المذهب . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفائق ، وغيره .

وقيل : يضمن . قدمه فى الفروع . وهو تخريج لأبى الخطاب فى الهداية من التى قبلها . وهى حفر البئر . وكذلك خرجه أبو الحسن بن بكروس .

قال الحارثى : لا يصح . لأن الحفر عدوان لإبطال حق المرور . وكذلك مانحن فيه .

وذكر القاضى فى المجرد ، وكتاب الروايتين : إن أذن الإمام : فلا ضمان . وإلا فعلى وجهين . بناء على البئر .

وتبعه على ذلك ابن عقيل فى الفصول ، مع أنهما قالا : قال أصحابنا ـ فى بوارى المسجد ـ لاضمان على فاعله . وجهاً واحداً . بإذن الإمام أو غير إذنه . لأن هذا من تمام مصلحته .

فائدة : لو نصب فيه باباً ، أو عمداً ، أو سقفه ، أو جعل فيه رفًّا لينتفع به الناس ، أو بنى جداراً ، أو أوقد مصباحاً : فلاضمان عليه .

قال أصحابنا ـ فى بوارى المسجد ـ : لا ضمان على فاعله وجهاً واحداً . سواء كان بإذن الإمام أو بغير إذنه .

قوله ﴿ وَإِنْ جَلَسَ فِى مَسْجِدٍ ، أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ ، لَمْ يَضْمَنْ فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب .

قال فى الفروع : والأصح : لايضمن .

قال الشارح : وهو أولى .

قال فى الفائق ـ فيما إذا جلس فى طريق واسع ـ : لم يضمن فى أصح الوجهين . وصححه فى النظم . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثاني : يضمن . وقدمه فى الرعايتين . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته فى الجالس فى الطريق . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن منجا .

تنبيه : قال الحارثى : أورد المصنف الوجهين فى المتن ، أخذاً من إيراد أبى الخطاب . قال : ولم أرهما لأحد قبله .

وأصل ذلك — والله أعلم — مامر من الروايتين فى ربط الدابة فى الطريق .

ومحله : مالم يكن الجلوس مباحاً ، كالجلوس فى المسجد مع الجنابة والحيض ، أو للبيع والشراء ، ونحو ذلك .

أما ماهو مطلوب — كالاعتكاف ، وانتظار الصلاة ، والجلوس لتعليم القرآن والسنة — فلا يتأتى الخلاف فيه بوجه .

وكذا ماهو مباح من الجلوس فيه ، وفى جوانب الطرق الواسعة — كبيع مأكول ونحوه — لامتناع الخلاف فيه . لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص . فهو كالجلوس فى ملكه ، من غير فرق .

وقد حكى القاضى الجزم بنفى الضمان فى المسألة فى الطريق الواسع .

وهذا التقييد حكاه بعض شيوخنا فى كتبه عن بعض الأصحاب . ولابد منه . لكنه يقتضى اختصاص الخلاف بالمسجد دون الطريق . لأن الجلوس بالطريق الواسعة : إما مباح — كما ذكرنا — فلا ضمان بحال . وإما غير مباح — كالجلوس وسط الجادة — فالضمان واجب ولابد . انتهى كلام الحارثى .

فائدة : حكم الاضطجاع فى المسجد ، والطريق الواسعة : حكم الجلوس فيهما على ماتقدم .

وأما القيام : فلا ضمان به بحال . لأنه من مرافق الطرق ، كالمرور .

تنبيه : مفهوم كلامه : أنه لو جلس فى طريق ضيقة : أنه يضمن . وهو كذلك

ويأتى فى كلام المصنف ، فى أول كتاب الديات ، فى مسألة الاصطدام .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا ، أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ﴾ .

قال فى الرعاية : نافذاً أو غير نافذ ـ يعنى بغير إذن أهله ﴿ فَسَقَطَ على شيء فأتلفَه : ضَمِنَ ﴾ .

وهذا قاله أكثر الأصحاب .

وتقدم الكلام فى ذلك محرراً فى باب الصلح . عند قوله « ولا أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا » .

قال فى الفروع : ولو بعد بيع وقد طولب بنقضه لحصوله بفعله . انتهى .

وقاله القاضى ، وغيره .

وقال فى الرعاية ـ بعد أن ذكر الأول ـ : ولا يضمن بما تلف بما يباح ، من جناح وساباط وميزاب .

فعلم من ذلك : أن مراد المصنف ـ وغيره ممن أطلق ـ : إذا كان ذلك لا يباح فعله . وقد صرح بذلك المصنف ، والشارح فى إخراج الجناح فى غير الدرب النافذ بإذن أهله : أنه لا يضمن .

قال الحارثى : ومبنى هذا الأصل : أن الإخراج هل يباح أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ ، فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾

نص عليه . وهو المذهب .

قال الحارثى فى شرحه : والذى عليه متأخرو الأصحاب ـ القاضى ومن بعده ـ أن الأصح من المذهب : عدم الضمان .

قال : وأصل ذلك قول القاضى فى المجرد : المنصوص عنه فى رواية ابن منصور : لا ضمان عليه . سواء طولب بنقضه أو لم يطالب . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، والمنور . وصححه الناظم . وقدمه فى المحرر ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وأومأ فى موضع : أنه إن تقدم إليه بنقضه ، وأشهد عليه فلم يفعل : ضمن .

وهذا الإيماء ذكره ابن بختان ، وابن هانى . ونص على ذلك فى رواية إسحاق ابن منصور . ذكره أبو بكر فى زاد المسافر .

قال الحارثى : وهذه الرواية هى المذهب . ولم يورد ابن أبى موسى سواها .

وكذلك قال فى رءوس المسائل . وهو من كتبه القديمة .

وذكر أبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، وابن بكروس ، وغيرهم : أنه اختيار طائفة من الأصحاب .

قال فى الفروع : وعنه إن طالبه مستحق بنقضه ، فأبى ـ مع إمكانه ـ ضمنه . اختاره جماعة . وقدمه فى النظم .

قال المصنف ، والشارح : وأما إن طولب بنقضه ، فلم يفعل : فقد توقف الإمام أحمد رحمه الله عن الجواب فيها .

وقال أصحابنا : يضمن . وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله . والتفريع عليه . وأطلقهما فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يضمن مطلقا .

وخرجه أبو الخطاب ، والمجد ، وجهاً .

قال الشارح : ذكر بعض أصحابنا وجهاً بالضمان مطلقا . انتهى .

وهذا اختاره ابن عقيل .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك فى أواخر باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف : إذا علم بميلانه ، على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

ولم يذكر فى الترغيب العلم بميلانه . وهو ظاهر كلام المصنف هنا وجماعة .

فوائد

إحداها : كيفية الإشهاد «اشهدوا أنى طالبته بنقضه ، أو تقدمت إليه بنقضه» ذكره ابن عقيل . وذكر القاضى بعضه . وكذلك كل لفظ أدى إليه .

ثم الميل إلى السابلة يستقل بها الإمام ، ومن قام مقامه . وكذا الواحد من الرعية ، مسلماً كان أو ذمياً .

وإن كان إلى درب مشترك : فكذلك يستقل به الواحد من أهله . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وإن كان إلى دار مالك معين : استقل به .

وإن كان ساكنها الغير : فكالمالك .

وإن كان الساكن جماعة : استقل به أحدهم .

وإن كان غاصباً : لم يملكه ، وما تلف له : فغير مضمون .

الثانية : لو سقط الجدار من غير ميلان : لم يضمن ماتولد منه ، بلا خلاف .

وإن بناه مائلا إلى ملك الغير بإذنه ، أو إلى ملك نفسه ، أو مال إليه بعد البناء : لم يضمن .

وإن بناه مائلا إلى الطريق ، أو إلى ملك الغير بغير إذنه : ضمن .

قال المصنف : لا أعلم فيه خلافا .

ومسألة المصنف : بناه مستوياً ثم مال .

الثالثة : لا أثر لمطالبة مستأجر الدار ، ومستعيرها ، ومستودعها ، ومرتهنها . ولا ضمان عليهم .

فلو طولب المالك فى هذه الحال ، فإن لم يمكنه استرجاعها ، أو نقض الحائط : فلا ضمان . وإن أمكنه ــ كالمعير ، والمودع ، والراهن إذا أمكنه فكان الرهن ــ ولم يفعل : ضمن . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وإن حجر على المالك ـ لسفه ، أو صغر ، أو جنون ـ فطولب : لم يضمن .

وإن طولب وليه ، أو وصيه ، فلم ينقضه : ضمن المالك . قاله القاضى فى المجرد ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ولا يضمن ولىّ فرط . بل موليه . ذكره فى المنتخب . ويتوجه عكسه .

وكأنه لم يطلع على كلام المصنف ، والشارح ، والحارثى .

وقال ابن عقيل : الضمان على الولى .

قال الحارثى : وهو الحق ، لوجود التفريط . وهو التوجيه الذى ذكره فى الفروع .

الرابعة : لو كان الميلان إلى ملك مالك معين ـ إما واحد أو جماعة ـ فأمهله المالك ، أو أبرأه : جاز . ولا ضمان .

وإن أمهله ساكن الملك ، أو أبرأه : فكذلك . ذكره القاضى ، والمصنف ، والشارح . وقدمه الحارثى .

وقال ابن عقيل : لا يسقط ، ولا يتأجل ، إلا أن يجتمعا . أعنى : الساكن والمالك .

قال الحارثى : والذى قاله « أنه لايبرأ بالنسبة إلى المبرىء » فليس كما قال . لأن من ملك حقاً ملك إسقاطه . وإن كان بالنسبة إلى من لم يبرأ ، فنعم . وذلك على سبيل التفصيل لايقبل خلافا .

وإن كان الميلان إلى درب لاينفذ ، أو إلى سابلة . فأبرأه البعض . أو أمهله : برىء بالنسبة إلى المبرىء ، أو الممهل .

الخامسة : لو كان الملك مشتركاً ، فطولب أحدهم بنقضه . فقال المصنف ، والشارح : احتمل وجهين . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لا يلزمه شيء .

والثاني : يلزمه بحصته . وهو ظاهر ماجزم به الناظم .

السادسة : لو باع الجدار مائلا بعد التقدم إليه . فقال القاضي في المجرد ، والمصنف ، والشارح ، والسامري في فروقه : لاضمان عليه . لزوال التمكن من الهدم حالة السقوط .

قال المصنف : ولا على المشترى . لانتفاء التقدم إليه .

وكذا الحكم لو وهبه وأقبضه .

وإن قلنا بلزوم الهبة : زال الضمان عنه بمجرد العقد . انتهى .

وقال ابن عقيل في الفصول : إن باعه فراراً : لم يسقط الضمان . لأن الميل لايسقط الحقوق بعد وجوبها . انتهى .

قال الحارثي : والأولى — إن شاء الله — وجوب الضمان عليه مطلقا .

وقال ابن عقيل — بعد كلامه المتقدم — وكذا لو باع فَخًّا أو شبكة منصوبين فوقع فيهما صيد في الحرم ، أو مملوك للغير : لم يسقط عنه ضمانه .

قال ابن رجب : والظاهر أن القاضي لايخالف في هذه الصورة . قاله في القاعدة الرابعة والعشرين .

وقال في القاعدة التاسعة والثمانين : وهل يجب الضمان على من انتقل الملك إليه إذا استدامه ، أم لا ؟ الأظهر : وجوبه عليه ، كمن اشترى حائطا مائلا . فإنه يقوم مقام البائع فيه . فإذا طولب بإزالته ، فلم يفعل : ضمن على رواية . انتهى .

السابعة : إذا تشقق الحائط طولا : لم يوجب نقضه . وحكمه حكم الصحيح .

وإن تشقق عرضاً : فحكمه حكم المائل على ماتقدم . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَمَا أَتْلَفَتِ الْبَهِيمَةُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ﴾ .

وهذا المذهب بشرطه الآتى . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب . وسواء كان التالف صيد حرم أو غيره .

قال فى الفروع : أطلقه الأصحاب .

قال : ويتوجه إلا الضارية . ولعله مرادهم .

وقد قال الشيخ تقى الدين رحمه الله — فيمن أمر رجلا بإمساكها — : ضمنه ، إن لم يعلمه بها .

وقال فى الفصول : من أطلق كلباً عقوراً ، أو دابة رَفوساً ، أو عَضوضاً على الناس ، وخلاه فى طريقهم ومصاطبهم ورحابهم ، فأتلف مالا ، أو نفساً : ضمن لتفريطه . وكذا إن كان له طائر جارح — كالصقر والبازى — فأفسد طيور الناس وحيواناتهم . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

فائدة : قال فى الانتصار : البهيمة الصائلة : يلزم مالكها وغيره إتلافُها .

وكذا قال فى عيون المسائل : إذا عرفت البهيمة بالصول : يجب على مالكها قتلها . وعلى الإمام وغيره : إذا صالت على وجه المعروف ، ومن وجب قتله على وجه المعروف : لم يُضمن ، كمرتد .

وتقدم إذا كانت البهيمة مغصوبة وأتلفت ، عند قوله « وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته » .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ تَكُونَ فِى يَدِ إنْسَانٍ ، كَالرَّاكِبِ ، وَالسَّائِقِ ، وَالقَائِدِ ﴾ .

يعنى : إذا كان قادراً على التصرف فيها . فيضمن ماجنت يدها أو فمها . دون ماجنت رجلها . وهذا المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، وخلافه الصغير ،

والشريف أبو جعفر ، وابن عقيل فى التذكرة ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : يضمن السائق جناية رجلها .

قال القاضى ، وابن عقيل : وهى أصح . لتمكن السائق من مراعاة الرجل ، بخلاف الراكب والقائد .

وعنه : يضمن ماجنت برجلها ، سواء كان سائقاً أو قائداً أو راكباً . ذكرها فى المغنى ، وغيره .

قال الحارثى : وأورد فى المغنى هذا الخلاف مطلقاً فى القائد والسائق والراكب . والصواب : ماحكاه فى الكافى وغيره من التقييد بالسائق . فإنه مأخوذ من القاضى . والقاضى إنما ذكره فى السائق فقط . انتهى .

قلت : هذا غير مؤثر فيما أورده المصنف من الإطلاق . لأن جماعة من الأصحاب حكوا الروايات الثلاث . والناقل مقدم على النافى .

وقال فى المحرر : يضمن إذا كان معها راكب أو قائد أو سائق ماجنت بيدها وفمها ووطء رجلها ، دون نفحها ابتداء . انتهى .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقال ابن البنا : إن نفحت برجلها ـ وهو يسير عليها ـ فلا ضمان . وإن كان سائقاً : ضمن ماجنت برجلها .

فوائد

منها : لو كبحها باللجام زيادة على المعتاد ، أو ضربها فى الوجه : ضمن ماجنت رجلها أيضاً ، ولو لمصلحة .

قال الحارثى : لايختلف الأصحاب فى وجوب الضمان وَطْئاً ونفحا .

وظاهر نقل ابن هانىء فى الوطء : لايضمن .

ونقل أبو طالب : لايضمن ما أصابت برجلها ، أو نفحت بها . لأنه لايقدر على حبسها . وهو ظاهر كلام جماعة . قاله فى الفروع .

ومنها : لايضمن ماجنت بذنبها . على الصحيح من المذهب . كرجلها .

قال فى الفروع : ولا ضمان بذنبها فى الأصح . جزم به فى الترغيب وغيره . وجزم به أيضاً فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . مع ذكرهم الخلاف فى الرجل . وقيل : يضمن .

قال الحارثى : والذنب كالرجل ، يجرى فيه الخلاف فى السائق . ولا يضمن به الراكب والقائد ، كما لايضمن بالرجل وجها واحدا . كذا أورده فى الكافى . انتهى .

ومنها : لو كان السبب من غير السائق والقائد والراكب ، مثل إن نخسها أو نَفَّرها غيره : فالضمان على من فعل ذلك . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

ومنها : لوجنى ولد الدابة : ضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . واختاره ابن أبى موسى ، والسامرى ، وقطعا به . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

قال الشيخ تقى الدين رحمه الله : يضمن إن فرط ، نحو أن يعرفه شَموسا ، وإلا فلا .

وقيل : لايضمن مطلقاً . واختاره المصنف ، والشارح . وقدمه فى الفائق .

ومنها : لو كان الراكب اثنان : فالضمان على الأول ، إلا أن يكون صغيراً أو مريضاً ونحوهما ، وكان الثانى متولياً تدبيرها . فيكون الضمان عليه .

قال الحارثى : وإن اشتركا فى التصرف اشتركا فى الضمان .

وإن كان مع الدابة سائق وقائد : فالضمان عليهما . على المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وعن بعض المالـكية : الضمان على القائد وحده .

قال : وهذا قول حسن .

و إن كان معهما ، أو مع أحدهما راكب : اشتركوا فى الضمان على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وفيه وجه آخر : الضمان على الراكب فقط . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق .

وقيل : يضمن القائد فقط . وهو احتمال فى المغنى .

ومنها : الإبل والبغال المقطرة كالبهيمة الواحدة . على قائدها الضمان . و إن كان معه سائق شاركه فى ضمان الأخير منها ، دون ماقبله . هذا إذا كان فى آخرها . فإن كان فى أولها : شارك فى الـكل . و إن كان فيما عدا الأول : شارك فى ضمان ماباشر سَوقه . دن ماقبله . وشارك فيما بعده .

و إن انفرد راكب بالقطار ، وكان على أوله : ضمن جناية الجميع . قاله الحارثى .

قال المصنف فى المغنى ، ومن تبعه : المقطور على الجمل المركوب : يضمن جنايته لأنه فى حكم القائد له .

فأما المقطور على الجمل الثانى : فينبغى أن لايضمن جنايته . لأن الراكب الأول لايمكنه حفظه عن الجناية . انتهى .

قال الحارثى : وليس بالقوى . فإن مابعد الراكب إنما يسير بسيره ، و يطأ بوطئه . فأمكن حفظه عن الجناية . فضمن ، كالمقطور على ماتحته . انتهى .

ومنها : لو انفلتت الدابة ممن هى فى يده ، وأفسدت : فلا ضمان . نص عليه فلو استقبلها إنسان فردها . فقياس قول الأصحاب : الضمان . قاله الحارثى .

ومنها : لافرق فى الراكب والسائق والقائد بين المالك ، والأجير ، والمستأجر ، والمستعير ، والموصى إليه بالمنفعة . وعموم نصوص الإمام أحمد رحمه الله تقتضيه .

قوله ﴿ وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلاً ﴾ يعنى ﴿ يَضْمَنُه رَبُّها ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن ظاهر كلام المصنف : الضمان ، سواء انفلتت باختياره ، أو بغير اختياره . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها جماعة ، منهم ابن منصور ، وابن هانىء . وقطع به المصنف .

قال ابن منجا فى شرحه : صرح به المصنف فى المغنى ، وغيره من الأصحاب . انتهى . وقدمه فى الفائق .

قال الزركشى : كذا قال جماعة من الأصحاب . منهم القاضى فى الجامع الصغير ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، وابن البنا ، وابن عقيل فى التذكرة ، وغيرهم . انتهى .

والصحيح من المذهب : أنه لايضمن إذا لم يفرط . قدمه فى المحرر ، والفروع . وقال : جزم به جماعة .

قال ابن منجا : وكلامه هنا مشعر به . لأنه عطفه على ضمان ماجنت يدها أو فمها ، بعد اشتراط كونها فى يد إنسان موصوف بما ذكر . انتهى .

قال الحارثى : إنما يضمن إذا فرط . أما إذا لم يفرط : فإنه لا يضمن . قاله القاضيان ــ أبو يعلى ، وابنه الحسين ــ وابن عقيل ، والقاضى يعقوب ، والسامرى ، والمصنف فى الكافى ، وغيرهم .

قال فى الفائق : ولو كسرت الباب أو فتحته : فهدر . ولو فتحه آدمى : ضمن .

تنبيه : قوله « وَمَا أَفْسَدَتْ مِنْ الزَّرْعِ والشَّجَرِ ليلا يضمنه ربها » خصص الضمان بالأمرين . وهكذا قال فى الشرح ، والنظم ، وجماعة .

قال فى الفروع : جزم به المصنف ولعله . أراد فى هذا الكتاب .

وذكره أيضاً رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم فى المغنى ، والوجيز : أنه لايضمن سوى الزرع .

فقال فى المغنى : إن أتلفت غير الزرع : لم يضمن مالكها ، نهارا كان إتلافها أو ليلا .

قال الحارثى ، وابن منجا : ولم أجده لأحد غيره . انتهيا .

قلت : هو ظاهر كلام الخرقى . لاقتصاره عليه .

والصحيح من المذهب : أنه يضمن جميع ما أتلفته مطلقاً .

قال الحارثى : وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال . بل منهم من صرح بالتسوية بين الزرع وغيره . منهم القاضى فى المجرد ، والسامرى في المستوعب .

قال ابن منجا فى شرحه : خص المصنف الحكم بالزرع والشجر . وليس كذلك عند الأصحاب . انتهى .

وقدمه فى الفروع . وقال : نص عليه . وجزم به جماعة . انتهى .

وقدمه فى الفائق أيضاً .

وقال فى الواضح : يضمن ما أتلفت ليلا من سائر المال ، بحيث لا ينسب واضعه إلى تفريط .

فائدة : لو ادعى صاحب الزرع : أن غنم فلان نَفَشَتْ ليلا ، ووجد فى الزرع أثر غنم : قضى بالضمان على صاحب الغنم . نص عليه فى رواية ابن منصور .

وجعل الشيخ تقى الدين هذا من القيافة فى الأموال . وجعلها معتبرة كالقيافة فى الأنساب . قاله فى القاعدة الثالثة عشر . ويتخرج وجه : لايكتفى بذلك .

قلت : ومحل الخلاف إذا لم يكن هناك غنم لغيره .

قوله ﴿ وَلاَ يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ ذَلِكَ نَهَارًا ﴾ .

ظاهره : سواء أرسلها بقرب ماتفسده عادة أو لا . وهو أحد القولين . وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وجماعة . وقدمه فى الفروع .

قال الحارثى : وهو الحق . وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب . وصرح به المصنف فى المغنى .

وقال القاضي ، وجماعة من الأصحاب : لا يضمن إلا أن يرسلها بقرب ماتتلفه عادة ، فيضمن .

وذكره الحارثي ، وغيره رواية . وجزم به في المحرر ، والنظم ، والوجيز ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والزركشي .

قلت : وهو الصواب .

وقاله القاضي في موضع . نقله الزركشي .

فوائد

الأولى : قال الحارثي : لو جرت عادة بعض النواحي بربطها نهاراً وبإرسالها وحفظ الزرع ليلاً : فالحكم كذلك . لأن هذا نادر . فلا يعتبر به في التخصيص .

الثانية : إرسال الغاصب ونحوه : موجب للضمان ، نهاراً كان أو ليلاً . وإرسال المودع : كإرسال المالك في انتفاء الضمان . قاله الحارثي أيضاً . والمستعير ، والمستأجر كذلك .

ولو استأجر أجيراً لحفظ دوابه ، فأرسلها نهاراً فكذلك . اللهم إلا أن يشترط الكف عن الزرع ، فيضمن . فهو كاشتراط المالك على المودع ضبطها نهاراً .

الثالثة : لو طرد دابة من مزرعته : لم يضمن ماجنت ، إلا أن يدخلها مزرعة غيره ، فيضمن . وإن اتصلت المزارع : صبر ، ليرجع على صاحبها .

ولو قدر أن يخرجها ، وله منصرف غير المزارع فتركها : فهدر .

الرابعة : الحطب الذي على الدابة . إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل ، يجد منحرفاً : فهو هدر . وكذلك لو كان مستدبراً ، وصاح به منبهاً له ، وإلا ضمنه فيهما . ذكره في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع .

الخامسة : لو أرسل طائراً فأفسد ، أو لقط حبًّا : فلا ضمان . قاله الشيخ الموفق في المغني ، والحارثي .

وقيل : يضمن مطلقاً . وهو الصحيح . صححه ابن مفلح فى الآداب . وضعف الأول . وكذلك صححه ابن القيم فى الطرق الحكمية . ولم يذكرها فى الفروع .

قوله ﴿ وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِىٌّ ، أَوْ غَيْرُه . فَقَتَلَهُ دَفْعاً عَنْ نَفْسِهِ : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال فى القاعدة السابعة والعشرين : لو دفع صائلا عليه بالقتل : لم يضمنه . ولو دفعه عن غيره بالقتل : ضمنه . ذكره القاضى .

وفى الفتاوى الرجبيات ، عن ابن عقيل ، وابن الزاغونى : لاضمان عليه أيضاً .

قال الحارثى ، وعن الإمام أحمد : رواية بالمنع من قتال اللصوص فى الفتنة . فيترتب عليه وجوب الضمان بالقتل . لأنه ممنوع منه إذن . وهذا لا عمل عليه . انتهى .

قلت : أما ورود الرواية بذلك : فمسلم . وأما وجوب الضمان بالقتل : ففى النفس من هذا شىء .

وخرج الحارثى ، وغيره : قولا بالضمان بقتل البهيم الصائل . بناء على ماقاله أبو بكر فى الصيد الصائل على المحرم .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف أيضاً فى آخر باب المحاربين بأتم من هذا ، ومسائل أخر . إن شاء الله تعالى .

فائدة : لو حالت بهيمة بينه وبين ماله ، ولم يصل إليه إلا بقتلها ، فقتلها : فيحتمل أن يضمن . ويحتمل أن لا يضمن .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما الحارثى .

قلت : قد يقرب من ذلك مالو انفرش الجراد فى طريق المحرم ، بحيث إنه لا يقدر على المرور إلا بقتله : هل يضمنه أم لا ؟ على ما تقدم .

ويأتى نظيرها فى آخر باب الديات .

قوله ﴿ وَإِنِ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ ، فَغَرِقَتَا : ضَمِنَ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الآخَرِ وَمَا فِيهَا ﴾ .

هكذا أطلق كثير من الأصحاب .

قال المصنف وغيره : محله إذا فرط .

قال الحارثى : إن فرط ضمن كل واحد سفينة الآخر وما فيها . وإن لم يفرط فلا ضمان على واحد منهما . حكاه المصنف فى كتابيه ، ومن عداه من الأصحاب ونص الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ على نحوه من رواية أبى طالب .

مع أن إطلاق المتن لا يقتضيه . غير أن الإطلاق مقيد بحالة التفريط التى قدمناها . على ماذهب إليه الأصحاب من غير خلاف علمته بينهم . انتهى .

وقال فى الفروع : وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا : ضمن كل واحد منهما متلف الآخر .

وفى المغنى : إن فرطا . وقاله فى المنتخب ، وأنه ظاهر كلامه . انتهى .

وجزم بما قاله الحارثى فى الرعاية وغيرها .

تنبيه : حيث قلنا بالضمان ، فيضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها . كما قال المصنف . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى ، قال الشافعى رحمه الله : على كل واحد منهما نصف الضمان لاشتراكهما فى السبب . فإنه حصل من كل واحد بفعله وفعل صاحبه . فكان مهدراً فى حق نفسه ، مضموناً فى حق الآخر . كما فى التلف من جراحة نفسه وجراحة غيره .

قال الحارثى : وهذا له قوة .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُما مُنْحَدِرَةً : فَعَلَى صَاحِبِهَا ضَمَانُ المصْعِدَةِ إلاّ أَنْ يَكُونَ غَلَبَهُ رِيحٌ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا ﴾ .

وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، والحارثى ، وغيرهم من الأصحاب .

وفى الواضح وجه : لاتُضمن منحدرة .

وقال فى الترغيب : السفينة كدَابة ، والملاح : كراكب .

تنبيه : قال الحارثى : سواء فرط للصعد فى هذه الحالة أو لا ، على ماصرح به فى الكافى . وأطلقه الأصحاب ، والإمام أحمد رحمه الله .

وقال فى المغنى : إن فرط المصعد ، بأن أمكنه العدول بسفينته ، والمنحدر غير قادر ولا مفرط : فالضمان على المصعد . لأنه المفرط .

قال الحارثى : وهذا صريح فى أن المصعد يؤاخذ بتفريطه .

فائدتان

إحداهما : يقبل قول الملاح : إنَّ تَلَفَ المال بغلبة ريح .

ولو تعمد الصدم : فشريكان فى إتلاف كل منهما ، ومن فيهما .

فإن قتل فى الغالب : فالقود ، وإلاَّ شِبْه عمدٍ .

ولا يسقط فعل المصادم فى حق نفسه مع عمد .

ولو خرقها عمداً أو شبهه ، أو خطأ : عمل على ذلك . قاله فى الفروع .

وقال الحارثى : إن عمد مالا يهلك غالباً : فشبه عمد . وكذا مالو قصد إصلاحها ، فقطع لوحاً . أو أصلح مساراً ، فخرق موضعاً . حكاه القاضى وغيره .

وقال المصنف فى المغنى : والصحيح أنه خطأ محض . لأنه قصد فعلا مباحا .

وهل يضمن من ألقى عِدْلا مملوءاً بسفينة فغرقها ومافيها ، أو نصفه ، أو بحصته ؟ قال فى الرعاية ، وتبعه فى الفروع : يحتمل أوجهاً .

قلت : هى شبيهة بما إذا جاوز بالدابة مكان الإجارة . أو حملها زيادة على المأجور ، فتلفت . أو زاد على الحد سوطا . فقتله . والصحيح من المذهب هناك : أنه يضمنه جميعه على ماتقدم .

ويأتى فى كلام المصنف ، فى كتاب الحدود . فكذلك هنا .

وجزم فى الفصول : أنه يضمن جميع مافيها . ذكره فى أثناء الإجارة . وجعله أصلا لما إذا زاد على الحد سوطا فى وجوب الدية كاملة

وكذلك المصنف فى المغنى : جعلها أصلا فى وجوب ضمان الدابة كاملة ، إذا جاوز بها مكان الإجارة ، أو زاد على الحد سوطا .

ولو أشرفت على الغرق : فعلى الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة .

ويحرم إلقاء الدواب ، حيث أمكن التخفيف بالأمتعة . وإن ألجأت ضرورة إلى إلقائها : جاز . صوناً للآدميين . والعبيد : كالأحرار .

وإن تقاعدوا عن الإلقاء مع الإمكان : أثموا .

وهل يجب الضمان ؟ فيه وجهان . اختار المصنف وغيره عدمه .

والثاني : يضمن . وأطلقهما الحارثى .

ولو ألقى متاعه ، ومتاع غيره : فلا ضمان على أحد . ذكره الأصحاب . قاله الحارثى .

وإن امتنع من إلقاء متاعه : فللغير إلقاؤه من غير رضاه ، دفعاً للمفسدة . لكن يضمنه . قاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعن مالك رضى الله عنه : لايضمن . اعتباراً بدفع الصائل .

قال : ويتخرج لنا مثله . بناء على انتفاء الضمان بما لو أرسل صيداً من يد محرم .

قلت : وهذا هو الصواب .

وتقدم فى آخر الضمان بعض ذلك . ومسائل أخر تتعلق بهذا . فليعاود .

الثانية : لو كانت إحداهما واقفة ، والأخرى سائرة : فعلى قيِّم السائرة ضمان الواقفة ، إن فرط ، وإلا فلا . ذكره المصنف ، والقاضى ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم .

ويأتى فى كلام المصنف ، فى أوائل كتاب الديات « إذا اصطدم نفسان ، أو أركب صبيين فاصطدما ، ونحوهما » .

قوله ﴿ وَمَنْ أَتْلَفَ مِزْمَارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيبًا ، أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ فِضَّةٍ ، أَوْ ذَهَبٍ ، أَوْ إِنَاءَ خَمْرٍ : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾ .

وكذا العود ، والطبل ، والنرد ، وآلة السحر ، والتعزيم ، والتنجيم ، وصور خيال ، والأوثان والأصنام ، وكتب المبتدعة المضلة ، وكتب الكفر ونحو ذلك .

وهذا المذهب فى ذلك كله . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب ، فى الثلاثة الأول . وقدموه فى الباقى من كلام المصنف . وصححوه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، فى الجميع .

قال ناظم المفردات : لا ضمان فى المشهور . وهو منها . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يضمن غير الصليب مما ذكره المصنف .

وأطلق فى المحرر فى ضمان كسر آنية الذهب والفضة والخمر : روايتين .

وأطلق فى التلخيص فى ضمان كسر أوانى الخمر وشق ظروفه : روايتين .

قال في المغنى : حكى أبو الخطاب رواية : بأنه يضمن ، إذا كسر أوانى الذهب والفضة

قال الحارثى : وحكاها القاضى يعقوب فى تعليقه ، وأبو الحسين فى التمام ، وأبو يعلى الصغير فى المفردات ، وغيرهم .

قال الحارثى : إن أريد ضمان الإجزاء ــ وهو ظاهر إيرادهم . فإن بعضهم علله بجواز المعاوضة عليها ، والقطع بسرقتها ــ فمسلم . ولكن ليس محل النزاع . لأنه لا خلاف فيه .

وإن أريد ضمان الأرش ــ وهو فرض المسألة ــ فلا أعلم له وجهاً . وذكر مأخذهم من الرواية ، ورده .

وعنه : يضمن آنية الخمر ، إن كان ينتفع بها فى غيره .

وعنه : يضمن غير آلة اللهو مما ذكره المصنف .

وعنه : لايضمن غير الدف .

وأطلق فى الرعاية فى ضمان دف الصنوج : روايتين .

وعنه : لايضمن دف العرس ــ أعنى : التى ليس فيها صنوج ــ ذكرها الحارثى

وحكى القاضى فى كتاب الروايتين : رواية بجواز إتلافه فى اللعب بما عدا النكاح . ورده الحارثى .

وقال فى الفنون : يحتمل أن يضمن آلة اللهو ، إذا كان يُرْغَب فى مادتها . كعود ، وداقورة .

تنبيه : محل الخلاف فى آنية الخمر : إذا كان مأموراً بإراقتها .

واعلم أن ظاهر كلام المصنف فى آنية الخمر : أنه سواء قدر على إراقتها بدون تلف الإناء أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . نقله المروذى . وقدمه فى الفروع .

ونقل الأثرم ، وغيره : إن لم يقدر على إراقتها إلا بتلفها : لم يضمن وإلا ضمن .

فوائد

منهـا : لايضمن مخزن الخمر إذا أحرقه . على الصحيح من المذهب . نقله ابن منصور . واختاره ابن بطة ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

ونقل حنبل : يضمنه . وجزم به المصنف .

وقال ابن القيم فى الهدى : يجوز تحريق أماكن المعاصى وهدمها . كما حرق رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام مسجد الضِّرار ، وأمر بهدمه .

ومنها : لايضمن كتابا فيه أحاديث رديئة حرقه . على الصحيح من المذهب نقله المروذى . وقدمه فى الفروع .

قال فى الانتصار : فجعله كآلة لهو . ثم سلمه ، على نصه فى رواية المروذى فى سِتْرٍ فيه تصاوير .

ونص على تحريق الثياب السود .

قال فى الفروع : فيتوجه فيهما روايتان .

ومنها : لا يضمن حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه ، يصلح للنساء . قاله فى الفروع .

ومنها : قال صاحب الفروع ، ظاهر كلام الأصحاب : أن الشِّطْرَنْج من آلة اللهو .

قلت : بل هى من أعظمها . وقد عم البلاء بها .

ونقل أبو داود : لا شيء عليه فيه .

كتاب الشفعة

قوله ﴿ وَهِىَ اسْتِحْقَاقُ الإِنْسَانِ انتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم ، والخلاصة . وزاد : قهراً .

قال الزركشى : وهو غير جامع . لخروج الصلح بمعنى البيع ، والهبة بشرط الثواب ، ونحو ذلك : منه .

قلت : ويمكن الجواب عن ذلك بأن الهبة بشرط الثواب : بيع على الصحيح من المذهب . على ما يأتى . فالموهوب له مشتر . وكذلك الصلح يسمى فيه بائعاً ومشترياً . لأن الأصحاب قالوا فيهما : هو بيع . فهو إذن جامع .

وقال فى المغنى : هى استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه .

قال الزركشى : وهو غير مانع . لدخول ما انتقل بغير عوض ، كالأرش ، والوصية ، والهبة بغير ثواب ، أو بغير عوض مالى . على المشهور . كالخلع ونحوه .

قال : فالأجود إذن أن يقال : من يد من انتقلت إليه بعوض مالى ، أو مطلقاً انتهى .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى ، ولا خفاء بالقيود فى حد المصنف .

فقيد « الشركة » مخرج للجوار ، والخلطة بالطريق .

وقيد « الشراء » مخرج للموهوب ، والموصى به ، والموروث ، والممهور ، والعوض فى الخلع ، والصلح عن دم العمد . وفى بعضه خلاف .

قال : وأورد على قيد « الشركة » أن لو كان من تمام الماهية لما حسن أن يقال : هل تثبت الشفعة للجار ، أم لا ؟ انتهى .

الثانية : **قوله ﴿ وَلاَ يَحِلُّ الْاحْتِيَالُ لِإِسْقَاطِهَا ﴾ بلا نزاع فى المذهب نص عليه .**

﴿ وَلاَ تَسْقُطُ بِالتَّحَيُّلِ أَيْضاً ﴾ نص عليه .

وقد ذكر الأصحاب للحيلة فى إسقاطها صوراً .

الأولى : أن تكون قيمة الشقص مائة ، وللمشترى عَرَضٌ قيمته مائة . فيبيعه العرض بمائتين ، ثم يشترى الشقص منه بمائتين ، ويتقاصان ، أو يتواطئآن على أن يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين . وهى أقل من المائتين . فلا يُقْدِم الشفيع عليه . لنقصان قيمته عن المائتين .

الثانية : إظهار كون الثمن مائة ، ويكون المدفوع عشرين فقط .

الثالثة : أن يكون كذلك ، ويبرئه من ثمانين .

الرابعة : أن يهبه الشقص ، ويهبه الموهوب له الثمن .

الخامسة : أن يبيعه الشقص بصُبْرة دراهم معلومة بالمشاهدة ، مجهولة المقدار ، أو بجوهرة ونحوها .

فالشفيع على شفعته فى جميع ذلك . فيدفع فى الأولى : قيمة العرض مائة ، أو مثل العشرة دنانير . وفى الثانية : عشرين . وفى الثالثة : كذلك . لأن الإبراء حيلة . قاله فى الفائق . وقاله القاضى ، وابن عقيل .

قال فى المغنى ، والشرح : يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن . ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن . وجزم بهذا الاحتمال فى المستوعب . قال الحارثى : وهو الصحيح .

وفى الرابعة : يرجع فى الثمن الموهوب له .

وفى الخامسة : يدفع مثل الثمن المجهول ، أو قيمته إن كان باقياً . ولو تعذر بتلف أو موت : دفع إليه قيمة الشقص . ذكر ذلك الأصحاب . نقله فى التلخيص .

وأما إذا تعذر معرفة الثمن من غير حيلة ، بأن قال المشترى : لا أعلم قدر الثمن ، كان القول قوله مع يمينه ، وأنه لم يفعله حيلة ، وتسقط الشفعة .

وقال فى الفائق ، قلت : ومن صور التحيل : أن يقفه المشترى أو يهبه حيلة ، لإسقاطها . فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة . ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : هذا الأظهر .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ فِيمَا عِوَضُهُ غَيْرُ المَالِ ، كَالصَّدَاقِ وَعِوَضِ الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ . فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق . وظاهر الشرح : الإطلاق .

أحدهما : لا شفعة فى ذلك . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى : لا شفعة فيه فى ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين عند القاضى ، وأكثر أصحابه .

قال ابن منجا : هذا أولى .

قال الحارثى : أكثر الأصحاب قال : بانتفاء الشفعة . منهم أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وأبو على بن شهاب ، والقاضى ، وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عقيل ، والقاضى يعقوب ، والشريفان ــ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ــ والعكبرى ، وابن بكروس ، والمصنف . وهذا هو المذهب . ولذلك قدمه فى المتن . انتهى .

وهو ظاهر كلام الخرقى . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى العمدة ،

والوجيز ، والمنور ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

والوجه الثانى : فيه الشفعة . اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، وابن حمدان فى الرعاية الصغرى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

فعلى هذا القول : يأخـذه بقيمته . على الصحيح . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق . وصححه الناظم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير . وجزم به فى الهداية .

وقيل : يأخذه بقيمة مقابله من مهر ودية . حكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى .

وسيأتى ذلك فى كلام المصنف فى آخر الفصل السادس .

فوائد

منها : قال فى الفروع ، وعلى قياس هذه المسألة : ما أخذ أجرة ، أو ثمناً فى سَلَم ، أو عوضاً فى كتابة . وجزم به فى الرعاية الـكبرى .

قال فى الـكافى ، ومثله : ما اشتراه الذمى بخمر ، أو خنزير .

قال الحارثى : وطرد أصحابنا الوجهين فى الشقص المجعول أجرة فى الإجارة .

ولـكن نقول : الإجارة نوع من البيع . فيبعد طرد الخلاف إذن .

فالصحيح على أصلنا : جريان الشفعة قولاً واحداً .

ولو كان الشقص جعلا فى جعالة : فـكذلك من غير فرق .

وطرد صاحب التلخيص وغيره من الأصحاب الخلاف أيضاً فى الشقص المأخوذ عوضاً عن نجوم الـكتابة .

ومنهم من قطع بنفى الشفعة فيه . وهو القاضى يعقوب . ولا أعلم لذلك وجهاً .

وحكى بعض شيوخنا ـ فيما قرأت عليه ـ طرد الوجهين أيضاً فى المجعول رأس مال فى السلم . وهو أيضاً بعيد . فإن السلم نوع من البيع . انتهى كلام الحارثى

ثم قال : إذا تقرر ما قلنا في المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة ، فلو عجز المكاتب بعد الدفع ورق : هل تجب الشفعة إذن ؟

قال في التلخيص : يحتمل وجهين . أحدهما : نعم . والثاني : لا . وهو أولى .

فائدتان

إحداهما : لو قال لأم ولده : إن خدمت أولادي شهراً فلك هذا الشقص . فخدمتهم : استحقته . وهل تثبت فيه الشفعة ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : نعم . وهذا على القول بالشفعة في الإجارة .

والثاني : لا . لأنها وصية . قاله الحارثي . وهذا الثاني هو الصواب .

الثانية : إذا قيل بالشفعة في الممهور . فطلق الزوج قبل الدخول وقبل الأخذ : فالشفعة مستحقة في النصف بغير إشكال . وما بقي : إن عفا عنه الزوج فهبة مبتدأة لا شفعة فيه . على الصحيح .

وقال ابن عقيل : يستحقه الشفيع .

وإن لم يعف فلا شفعة فيه أيضا . على الصحيح . لدخوله في ملك الزوج قبل الأخذ . قدمه في شرح الحارثي .

وذكر القاضي وابن عقيل احتمالين ، والمصنف وجهين .

قال الحارثي : والأخذ هنا بالشفعة لا يتمشى على أصول الإمام أحمد رحمه الله

وإن أخذ الشفيع قبل الطلاق فالشفعة ماضية . ويرجع الزوج إلى نصف قيمة الشقص .

قال القاضي وغيره : يرجع بأقل الأمرين من نصف قيمته : يوم إصداقها ، ويوم إقباضها .

قوله ﴿ الثَّانى : أَنْ يَكُونَ شِقْصًا مُشَاعًا مِنْ عَقَارٍ يَنْقَسِمُ ﴾ .

يعنى : قسمة إجبار .

فأما المقسوم المحدود : فلا شفعة لجاره فيه . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : تثبت الشفعة للجار .

وحكاه القاضى يعقوب فى التبصرة ، وابن الزاغونى عن قوم من الأصحاب رواية .

قال الزركشى : وصححه ابن الصيرفى . واختاره الحارثى فيما أظن . وأخذ الرواية من نصه فى رواية أبى طالب ومثنى : لا يحلف أن الشفعة تستحق بالجوار

قال الحارثى : والعجب ممن يثبت بهذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال فى الفائق : وهو مأخذ ضعيف .

وقيل : تجب الشفعة بالشركة فى مصالح عقار . اختاره الشيخ تقى الدين ـ رحمه الله ـ وصاحب الفائق . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية أبى طالب ، وقد سأله عن الشفعة ؟ فقال : إذا كان طريقهما واحداً شركاء : لم يقتسموا . فإذا صُرِّفت الطرق ، وعرفت الحدود : فلا شفعة .

وهذا هو الذى اختاره الحارثى . لا كما ظنه الزركشى ، من أنه اختار الشفعة للجار مطلقاً .

فإن الحارثى قال : ومن الناس من قال بالجواز ، لكن بقيد الشركة فى الطريق .

وذكر ظاهر كلام الإمام أحمد المتقدم . ثم قال : وهذا الصحيح الذى يتعين المصير إليه .

ثم ذكر أدلته ، وقال : فى هذا المذهب جمعاً بين الأخبار ، دون غيره . فيكون أولى بالصواب .

فوائد

منها : شريك المبيع أولى من شريك الطريق . على القول بالأخذ . قاله الحارثى .

ومنها : عدم الفرق فى الطريق بين كونه مشتركا بملك ، أو باختصاص . قدمه الحارثى . وقال : ومن الناس من قال : المعتبر شركة الملك ، لا شركة الاختصاص . وهو الصحيح .

ومنها : لو بيعت دار فى طريق لها درب فى طريق لا ينفذ . فالأشهر : تجب ، إن كان للمشترى طريق غيره ، أو أمكن فتح بابه إلى شارع . قاله فى الفروع . وجزم به فى التلخيص وغيره . وقدمه فى الشرح وغيره .

وقيل : لا شفعة بالشركة فيه فقط . ومال إليه المصنف ، والشارح .

وقيل : بلى . وأطلقهما فى الفروع .

وإن كان نصيب المشترى فوق حاجته . فى الزائد وجهان . اختار القاضى ، وابن عقيل : وجوب الشفعة فى الزائد .

وقال المصنف فى المغنى : والصحيح لا شفعة . وصححه الشارح . وأطلقهما الحارثى فى شرحه ، والفروع .

وكذا دهليز الجار وصحن داره . قاله فى الفروع ، والحارثى ، والمصنف ، والشارح .

ومنها : لا شفعة بالشركة فى الشِّرْب مطلقاً . وهو النهر ، أو البئر ، يسقى أرض هذا وأرض هذا . فإذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقه من الشرب . قاله الحارثى وغيره . ونص عليه .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ فِيمَا لاَ تَجِبُ قِسْمَتُهُ ـ كَالْحَمَّامِ الصَّغِيرِ ، وَالبِئْرِ ، وَالطُّرُقِ ، وَالعِرَاصِ الضَّيِّقَةِ ، وَلا مَا لَيْسَ بِعَقَارٍ كَالشَّجَرِ ، وَالْحَيَوَانِ ،

وَالْبِنَاءِ الْمُفْرَدِ ، وَكَالْجَوْهَرَةِ ، وَالسَّيْفِ وَنَحْوِهِمَا ـ فِي إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ ﴾

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والرعاية الكبرى .

إحداهما : لاشفعة فيه . وهو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : وهذا ظاهر المذهب .

قال فى الرعاية الكبرى : أظهرهما لا شفعة فيه .

قال فى المستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير : لا شفعة فيه . فى أصح الروايتين .

وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز وغيرهما . وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

والرواية الثانية : فيه الشفعة .

اختاره ابن عقيل ، وأبو محمد الجوزى ، والشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال الحارثى : وهو الحق .

وعنه : تجب فى كل مال ، حاشَى منقولا لاينقسم .

قال فى الرعاية الكبرى ، وقيل : تجب فى زرع وثمر مفرد .

فعلى المذهب : يؤخذ البناء والغراس تبعاً للأرض . كما تقدم .

قال المصنف ، قال الحارثى : لا خلاف فيهما على كلتا الروايتين .

زاد فى الرعاية : مما يدخل تبعاً : النهر والبئر ، والقناة ، والرحى والدولاب .

فائدة : المراد بما ينقسم : ماتجب قسمته إجباراً . وفيه روايتان .

إحداهما : ماينتفع به مقسوماً منفعته التى كانت ، ولو على تضايق . كجعل البيت بيتين .

قال فى التلخيص : وهو الأظهر .

قال الخرقى : وينتفعان به مقسوماً .

قال الحارثى : وإيراد المصنف هنا يقتضى التعويل على هذه الرواية ، دون ماعداها . لأنه مَثَّل مالا تجب قسمته بالحمام والبئر الصغيرين ، والطرق والعراص الضيقة . وكذلك أبو الخطاب فى كتابه . انتهى .

قال الحارثى : وهو أشهر عن الإمام أحمد رحمه الله ، وأصح . وجزم به فى العمدة فى باب القسمة .

قال فى التلخيص : ويحتمل أن يكون أى منفعة كانت ، ولو كانت بالسكنى . وهو ظاهر إطلاقه فى المجرد . انتهى .

والرواية الثانية : ما ذكرنا ، أو أن لاتنقص القيمة بالقسمة نقصاً بيناً . نقله الميمونى .

واعتبار النقص : هو ما مال إليه المصنف ، وأبو الخطاب فى باب القسمة . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب القسمة بأتم من ذلك محرراً .

قوله ﴿ وَلاَ تُؤْخَذُ الثَّمَرَةُ وَالزَّرْعُ تَبَعاً ، فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف ، والشارح .

قال الحارثى : وهو قول أبي الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر فى آخرين . انتهى .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الكافى ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

والوجه الثانى : تؤخذ تبعاً . كالبناء والغراس . وهو احتمال فى الهداية .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : وقال أبو الخطاب : تؤخذ الثمار ، وعليه يخرج الزرع .

قال الحارثي : واختاره القاضى قديماً فى رءوس المسائل . وأطلقهما فى المذهب والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والفائق .

وظاهر الهداية ، والمستوعب ، والحاوى الصغير : الإطلاق .

وأكثرهم إنما حكى الاحتمال ـ أو الوجه ـ فى الثمر . وخرج منه إلى الزرع .

وقيد المصنف الثمرة بالظاهرة ، وأن غير الظاهرة تدخل تبعاً ، مع أنه قال فى المغنى : إن اشتراه وفيه طَلْع لم يُؤَبَّر فأبره : لم يأخذ الثمرة . وإنما يأخذ الأرض والنخل بحصته ، كما فى شقص وسيف .

وكذا ذكر غيره : إذا لم يدخل . فإنه يأخذ الأصل بحصته .

فائدة : لو كان السفل لشخص والعلو مشتركا ، والسقف مختص بصاحب السفل ، أو مشتركا بينه وبين أصحاب العلو : فلا شفعة فى السقف . لأنه لا أرض له . فهو كالأبنية المفردة .

وإن كان السقف لأصحاب العلو : ففيه الشفعة . لأن قراره كالأرض . قدمه فى التلخيص ، والرعاية الكبرى ، والفائق .

وفيه وجه آخر : أنه لا شفعة فيه لأنه غير مالك للسفل . وإنما له عليه حق . فأشبه مستأجر الأرض . خرجه بعض الأصحاب . قاله فى التلخيص ، وقال : فاوضت فيها بعض أصحابنا . وتقرر حكمها بينى وبينه على مابينت .

وهذا الوجه : قدمه فى المغنى . فقال : وإن بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت . فإن كان السقف الذى تحته لصاحب السفل . فلا شفعة فى العلو . لأنه بناء منفرد . وإن كان لصاحب العلو فكذلك . لأنه بناء منفرد ، لكونه لا أرض له فهو كما لو لم يكن السقف له .

ويحتمل ثبوت الشفعة . لأن له قراراً . فهو كالسفل . انتهى .

وقدمه أيضاً الشارح ، وابن رزين ، وأطلقهما فى شرح الحارثى .

ولو باع حصته من علو مشترك على سقف لمالك السفل . فقال فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، وغيرهم : لا شفعة لشريك العلو . لانفراد البناء . واقتصر عليه الحارثى .

وإن كان السقف مشتركا بينه وبين أصحاب العلو. فكذلك. قاله فى التلخيص وغيره.

وإن كان السفل مشتركا والعلو خالصا لأحد الشريكين، فباع العلو ونصيبه من السفل: فللشريك الشفعة فى السفل، لا فى العلو. لعدم الشركة فيه.

قوله ﴿ الثَّالِثُ: المطَالَبَةُ بِهَا عَلَى الفَوْرِ ﴾.

هذا الصحيح من المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وقطع به كثير منهم. ونص عليه. بل هو المشهور عنه.

وعنه: أنها على التراخى ما لم يرض، كخيار العيب. اختاره القاضى يعقوب. قاله الحارثى وغيره.

وحكى جماعة ـ وعدَّهم ـ رواية بثبوتها على التراخى. لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى أو دليله. كالمطالبة بقسمة أو بيع، أو هبة، نحو: بعنيه، أو هَبْهُ لى، أو قاسمنى، أو بعه لفلان، أو هَبْه له. انتهى. والتفريع على الأول.

قوله ﴿ سَاعَةَ يَعْلَمُ ﴾.

نص عليه. هذا المذهب. أعنى أن المطالبة على الفور ساعة يعلم. نص عليه. وعليه أكثر الأصحاب. وجزم به ابن البنا فى خصاله، والعمدة، والوجيز، ومنتخب الأزجى، وغيرهم.

وقدمه فى الهداية، ومسبوك الذهب، والمستوعب، والخلاصة، والكافى، والهادى، والتلخيص، والمحرر، والشرح، والرعايتين، والنظم، وشرح ابن منجا والحارثى، والفروع، والفائق، وإدراك الغاية، وغيرهم.

نقل ابن منصور: لا بد من طلبها حين يسمع حتى يعلم طلبه. ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام. قاله فى الفروع وغيره.

وقال القاضى: له طلبها فى المجلس، وإن طال. وهو رواية عن الإمام أحمد.

واختارها ابن حامد أيضاً، وأكثر أصحاب القاضي ، منهم الشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وابن عقيل ، والعكبرى ، وغيرهم .

قال الحارثى : وهذا يتخرج من نص الإمام أحمد رحمه الله على مثله فى خيار المجبرة ومن غيره .

قال : وهذا متفرع على القول بالفورية ، كما فى التمام ، وفى المغنى . لأن المجلس كله فى معنى حالة العقد . بدليل التقابض فيه لما يعتبر له القبض . ينزل منزلة حالة العقد . ولـكن إيراده هنا مشعر بكونه قسيما للفورية . انتهى .

قال فى الفروع : اختاره الخرقى ، وابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه .

قلت : ليس كما قال عن الخرقى ، بل ظاهر كلامه : وجوب المطالبة ساعة يعلم . فإنه قال : ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له . انتهى . وأطلقهما فى المذهب .

تنبيهان

أحدهما : قال الحارثى : وفى جعل هذا شرطا إشـكال . وهو أن المطالبة بالحق فرع ثبوت ذلك الحق . ورتبة ذلك الشرط تقدمه على المشروط . فـكيف يقال بتقدم المطالبة على ماهو أصل له ؟ هذا خلف .

أو نقول : اشتراط المطالبة يوجب توقف الثبوت عليها . ولا شك فى توقف المطالبة على الثبوت . فيكون دوراً .

والصحيح : أنه شرط لاستدامة الشفعة ، لا لأصل ثبوت الشفعة . ولهـذا قال : فإن أخره سقطت شفعته . انتهى .

الثانى : كلام المصنف وغيره : مقيد بما إذا لم يكن عذر . فإن كان عذر ـ مثل : أن لا يعلم ، أو علم ليلا فأخره إلى الصبح ، أو أخره لشدة جوع ، أو عطش حتى أكل أو شرب . أو أخره لطهارة أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو

ليقضى حاجته ، أو ليؤذن ويقيم . ويأتى بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها فى جماعة يخاف فوتها ، ونحو ذلك .

وفى التلخيص : احتمال بأنه يقطع الصلاة ، إلا أن تكون فرضاً .

قال الحارثى : وليس بشىء . وهو كما قال . فلا تسقط ، إلاأن يكون المشترى حاضراً عنده فى هذه الأحوال . فمطالبته ممكنة ، ماعدا الصلاة . وليس عليه تخفيفها ، ولا الاقتصار على أقل ما يجزىء .

ثم إن كان غائباً عن المجلس ، حاضراً فى البلد . فالأولى : أن يُشْهِدِ على الطلب ، ويبادر إلى المشترى بنفسه ، أو بوكيله .

فإن بادر هو أو وكيله من غير إشهاد : فالصحيح من المذهب : أنه على شفعته . صححه فى التلخيص ، وشرح الحارثى ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو ظاهر إيراد المصنف فى آخرين .

وقيل : يشترط الإشهاد . واختاره القاضى فى الجامع الصغير .

ويأتى : هل يملك الشفيع الشقص بمجرد المطالبة أم لا ؟ عند قوله « وإن مات الشفيع بطلت الشفعة » .

وأما إن تعذر الإشهاد : سقط ، بلا نزاع ، والحالة هذه . لانتفاء التقصير .

وإن اقتصر على الطلب مجرداً عن مواجهة المشترى ، قال الحارثى : فالمذهب الإجزاء .

قال : وكذلك قال أبو الحسن بن الزاغونى فى المبسوط . ونقلته من خطه . فقال : الذى نذهب إليه : أن ذلك يغنى عن المطالبة بمحضر الخصم . فإن ذلك ليس بشرط فى صحة المطالبة .

وهو ظاهر مانقله أبوطالب عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو قياس المذهب أيضاً . وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى رءوس مسائله ، والقاضى أبى الحسين فى تمامه .

وصرح به فى المحرر ، لكن بقيد الإشهاد . وهو المنصوص من رواية أبى طالب والأثرم . وهذا اختيار أبى بكر .

و إيراد المصنف هنا : يقتضى عدم الإجزاء ، وأن الواجب المواجهة . ولهذا قال : فإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما ـ كالمريض ، والمحبوس ـ فهو على شفعته .

ومعلوم أنهما لا يعجزان عن مناطقة أنفسهما بالطلب .

وقد صرح به فى العمدة . فقال : إن أخرها ـ يعنى : المطالبة ـ بطلت شفعته إلا أن يكون عاجزاً عنها لغيبة ، أو حبس ، أو مرض . فيكون على شفعته متى قدر عليها . انتهى كلام الحارثى .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخَّرَهُ سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾ .

يعنى : على الصحيح من المذهب .

وقد تقدمت رواية : بأنه على التراخى .

قوله ﴿ إلاَّ أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا . ثُمَّ إنْ أَخَّرَ الطَّلَبَ بَعْدَ الإِشْهَادِ عِنْدَ إِمْكَانِهِ ، أَوَ لَمْ يُشْهِدْ ، لَكِنَّهُ سَارَ فِى طَلَبِهَا : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

شمل كلامه مسألتين .

إحداهما : أن يشهد على الطلب حين يعلم ، و يؤخر الطلب بعده ، مع إمكانه .

فأطلق فى سقوط الشفعة بذلك وجهين . وأطلقهما فى النظم ، والرعايتين ، والفروع والفائق ، وشرح ابن منجا .

إحداهما : لاتسقط الشفعة بذلك . وهو المذهب . نصره المصنف ، والشارح . وهو ظاهر كلام الخرقى . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ،

والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحارثى . وقال : هذا المذهب .

والوجه الثانى : تسقط إذا لم يكن عذر . اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وهو احتمال فى الهداية .

تنبيهان

أحدهما : حكى المصنف فى المغنى ، ومن تبعه : أن السقوط قول القاضى .

قال الحارثى : ولم يحكه أحد عن القاضى سواه . والذى عرفت من كلام القاضى خلافه.

ونقل كلامه من كتبه ، ثم قال : والذى حكاه فى المغنى عنه : إنما قاله فى المجرد فيما إذا لم يكن أشهد على الطلب . وليس بالمسألة . نبهت عليه خشية أن يكون أصلا لنقل الوجه الذى أورده . انتهى .

الثانى : قال ابن منجا فى شرحه : واعلم أن المصنف قال فى المغنى « و إن أخر القدوم بعد الإشهاد » بدل قوله « و إن أخر الطلب بعد الإشهاد » وهو صحيح ، لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد . لأن الطلب حينئذ لا يمكن . بخلاف القدوم ، فإنه ممكن . وتأخير ما يمكن لإسقاطه الشفعة وجه . بخلاف تأخير مالا يمكن . انتهى .

وكذلك الحارثى مَثَّل بما لو تراخى السير . انتهى .

فعلى كلا الوجهين : إذا وجد عذر ، مثل أن لا يجد من يشهده ، أو وجد من لاتقبل شهادته ـ كالمرأة ، والفاسق ونحوهما ـ أو وجد من لايقدم معه إلى موضع المطالبة : لم تسقط الشفعة .

و إن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدهما . فهل تبطل شفعته أم لا ؟ فيه احتمالان : وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع .

قلت : الصواب أنها لاتسقط شفعته . لأن الصحيح من المذهب : أن شهادة مستورى الحال لاتقبـل . فهما كالفاسق بالنسبة إلى عدم قبول شهادتهما . فإن أشهدهما لم تبطل شفعته ، ولو لم تقبل شهادتهما .

وكذلك إن لم يقدر إلا على شاهد واحدٍ فأشهده أوترك إشهاده .

قال المصنف ، والشارح ، قال الحارثى : وإن وجد عدلا واحداً . فى المغنى : إشهاده وترك إشهاده سواء ، قال : وهو سهو . فإن شهادة الواحد معمول بها مع يمين الطالب . فتعين اعتبارها .

ولو قدر على التوكيل فلم يوكل ، فهل تسقط شفعته ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

أحدهما : لاتبطل . وهو المذهب . نصره المصنف ، والشارح .

والوجه الثانى : تبطل اختاره القاضى . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

فائدة : لفظ الطالب « أنا طالب أو مطالب ، أو آخذ بالشفعة ، أو قائم على الشفعة » ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ . لأنه محصل للغرض .

المسألة الثانية : إذا كان غائبا فسار حين علم في طلبها ، ولم يشهد — مع القدرة على الإشهاد — فأطلق المصنف فى سقوطها وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والنظم ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، والزركشى ، وغيرهم .

أحدهما : تسقط الشفعة . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية أبى طالب . واختاره الخرقى ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : عليه أكثر الأصحاب . وقدمه فى شرح الحارثى ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه . وجزم به فى العمدة .

والوجه الثانى : لاتسقط ، بل هى باقية .

قال القاضي : إن سار عقب علمه إلى البلد الذى فيه المشترى من غير إشهاد : احتمل أن لاتبطل شفعته .

فعلى هذا الوجه : يبادر إليها بالمضى المعتاد ، بلا نزاع . ولا يلزمه قطع حمام ، وطعام ونافلة ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : بلى . وكذا الحكم لو كان غائباً عن المجلس حاضراً فى البلد .

تنبيهان

أحدهما : قال الحارثى : حكى المصنف الخلاف وجهين . وكذا أبو الخطاب . وإنما هما روايتان .

ثم قال : وأصل الوجهين فى كلامهما احتمالان . أوردهما القاضى فى المجرد . والاحتمالان إنما أوردهما فى الإشهاد على السير للطلب . وذلك مغاير للإشهاد على الطلب حين العلم . ولهذا قال : ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد ، وعند إمكانه أبى السير للطلب مواجهة . فلا يصح إثبات الخلاف فى الطلب الأول ، متلقى عن الخلاف فى الطلب الثانى . انتهى .

قال الحارثى : ولم يعتبر فى المحرر إشهاداً فيما عدا هذا . والإشهاد على الطلب عنده عبارة عن ذلك . وهو خلاف ماقال الأصحاب .

وأيضاً فالإشهاد على ماقال ليس إشهاداً على الطلب فى الحقيقة ، بل هو إشهاد على فعل يتعقبه الطلب .

الثانى : استفدنا من قوة كلام المصنف : أنه إذ علم ، وأشهد عليه بالطلب ، وسار فى طلبها عند إمكانه : أنها لاتسقط . وهو صحيح .

وكذا لو أشهد عليه ، وسار وكيله . وكذا لوتراخى السير لعذر .

فوائد

إحداها : لو لقى المشترى ، فسلم عليه . ثم عقبه بالطلب . فهو على شفعته . قاله الأصحاب .

وكذا لو قال بعد السلام « بارك الله لك فى صفقتك » ذكره الآمدى ، والمصنف ، وغير واحد . وصححه فى الرعاية . وقدمه فى الفروع . وكذا لو دعا له بالمغفرة ونحوه . وفيهما احتمال تسقط بذلك .

الثانية : الحاضر المريض والمحبوس كالغائب فى اعتبار الإشهاد . فإن ترك ففى السقوط ما مر من الخلاف .

الثالثة : لو نسى المطالبة أو البيع أو جهلها . فهل تسقط الشفعة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قال فى المغنى : إذا ترك الطلب نسياناً له ، أو للبيع ، أو تركه جهلا باستحقاقه : سقطت شفعته . وقدمه فى الشرح .

وقاسه هو والمصنف فى المغنى على الرد بالعيب . وفيه نظر .

وفيه وجه آخر : أنها لاتسقط .

قلت : وهو الصواب .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وقال : يحسن بناء الخلاف على الروايتين فى خيار المعتقة تحت العبد ، إذا مكنته من الوطء جهلا بملكها للفسخ ، على مايأتى .

وإن أخره جهلا بأن التأخير مسقط . فإن كان مثله لايجهله : سقطت لتقصيره ، وإن كان مثله يجهله . فقال فى التلخيص : يحتمل وجهين .

أحدهما : لاتسقط .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وجزم به فى الرعاية ، والنظم ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الثانى : تسقط .

ويأتى فى كلام المصنف « إذا باع الشفيع ملكه قبل علمه » .

ولو قال « له بكم اشتريت ؟ » أو « اشتريت رخيصاً » فهل تسقط الشفعة ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

قلت : قواعد المذهب تقتضى سقوطها مع علمه .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ لِكَوْنِ المشْتَرِى غَيْرَهُ . فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ هُوَ : فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : أنها تسقط . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبَرُهُ ، فَلَمْ يُصَدِّقْه : سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾

إذا أخبره عدل واحد فلم يصدقه : سقطت شفعته .

على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : لا تسقط . وهو وجه ذكره الآمدى ، والمجد . وصححه الناظم . وهما احتمالان لابن عقيل ، والقاضى .

قال فى التلخيص : بناء على اختلاف الروايتين فى الجرح والتعديل والرسالة : هل يقبل منها خبر الواحد أم يحتاج إلى اثنين ؟ .

قلت : الصحيح من المذهب : أنه لابد فيها من اثنين ، على ما يأتى فى باب طريق الحكم وصفته فى كلام المصنف .

والذى يظهر : أنهما ليسا مبنيان عليهما . لأن الصحيح هنا غير الصحيح هناك وأطلقهما فى المحرر ، والفروع .

تنبيهان

أحدهما : المرأة كالرجل ، والعبد كالحر ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال القاضي : هما كالفاسق . وقدمه في الفائق .

قال الحارثي : وإلحاق العبد بالمرأة والصبي غلط . لكونه من أهل الشهادة بغير خلاف في المذهب . انتهى .

وإن أخبره مستور الحال سقطت . قدمه في الفائق .

وقيل : لا تسقط . وأطلقهما في الفروع .

وإن أخبره فاسق أو صبي : لم تسقط شفعته .

إذا علمت ذلك : فإذا ترك تكذيباً للعدل أو العدلين على مامر : بطلت شفعته .

قال الحارثي : هذا ما أطلق المصنف هنا . وجمهور الأصحاب .

قال : ويتجه التقييد بما إذا كانت العدالة معلومة أو ظاهرة لا تخفى على مثله .

أما إن جهل ، أو كانت بمحل الخفاء أو التردد : فالشفعة باقية لقيام العذر .

هذا كله إذا لم يبلغ الخبر حد التواتر . أما إن بلغ : فتبطل الشفعة بالترك ولابد . وإن كانوا فسقة ، على ما لايخفى . انتهى .

التنبيه الثاني : محل ماتقدم : إذا لم يصدقه .

أما إن صدقه ، ولم يطالب بها : فإنها تسقط . سواء كان المخبر ممن لا يقبل خبره أو يقبل . لأن العلم قد يحصل بخبر من لايقبل خبره لقرائن . قطع به المصنف والشارح وغيرهما .

قوله ﴿ أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِي : بِعْنِي مَا اشْتَرَيتَ ، أَوْ صَالِحْنِي : سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾ .

إذا قال للمشتري : بعني ما اشتريت ، أو هبه لي ، أو ائتمني عليه : سقطت

شفعته . على الصحيح من المذهب . وقطع به الأصحاب . منهم صاحب الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم ، والحارثى . وقال : يقوى عندى انتفاء السقوط ، كقول أشهب صاحب الإمام مالك رحمهما الله .

وإن قال : صالحنى عليه ، سقطت شفعته أيضاً ، على الصحيح من المذهب . قطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه فى المغنى ، والشرح . ونصراه هنا . وجزم به فى الشرح فى باب الصلح .

وكذا جزم به هناك صاحب التلخيص وغيره .

قال فى الرعايتين ، والحاويين : تسقط الشفعة فى أصح الوجهين .

وقيل : لا تسقط . اختاره القاضى ، وابن عقيل . قاله الحارثى . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والفائق هناك . وأطلقهما فى النظم أيضاً .

وتقدم ذلك فى باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف : فى سقوط الشفعة ، وهو واضح .

أما الصلح عنها بعوض : فلا يصح . قولاً واحداً . قاله الأصحاب . وجزم به المصنف ، وغيره فى باب الصلح .

فائدة : لو قال : بعه ممن شئت ، أو وَلِّه إياه ، أو هبه له ، ونحو هذا : بطلت الشفعة .

وكذا لو قال : اكْرِنى ، أو ساقنى ، أو اكترى منه أو ساقاه .

وإن قال : إن باعنى ، وإلا فلى الشفعة . فهو كما لو قال : بعنى . قدمه الحارثى وقال : ويحتمل أنه إن لم يبعه : أنها لا تسقط .

ولو قال له المشترى : بعتك ، أو وليتك . فقبل : سقطت .

قوله ﴿ وَإِنْ دَلَّ فِى الْبَيْعِ أَوْ تَوَكَّلَ لِأَحَدِ الْمُتَبَايِعَيْنِ. فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ ﴾

وإن دل على البيع أى : صار دلالا . وهو السفير فى البيع . فهو على شفعته قولاً واحداً ، وإن توكل لأحد المتبايعين فهو على شفعته أيضاً . على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . واختاره الشريف ، وغيره .

قال الحارثى : قال الأصحاب : لاتبطل شفعته . منهم : القاضى فى المجرد وغيره

قال فى الفروع : لاتسقط بتوكيله فى الأصح . وقدمه فى المغنى ، والشرح . ونصراه .

وقيل : تسقط الشفعة بذلك .

وقيل : لا تسقط إذا كان وكيلا للبائع .

وقيل : لا تسقط إذا كان وكيلا للمشترى . اختاره القاضى . قاله المصنف .

قال الحارثى : وحكاية القاضى يعقوب : عدم السقوط . وكذا هو فى المجرد وغيره .

وهذا وأمثاله غريب من الحارثى . فإنه إذا لم يطلع على المكان الذى نقل منه المصنف : تكلم فى ذلك ، واعترض على المصنف . وهذا غير لائق . فإن المصنف ثقة ، والقاضى وغيره له أقوال كثيرة فى كتبه . وقد تكون فى غير أماكنها وقد تقدم له نظير ذلك فى مسائل .

قال الحارثى : ومن الأصحاب من قال فى صورة البيع : ينبنى على اختلاف الرواية فى الشراء من نفسه . إن قلنا : لا . فلا شفعة . وإن قلنا نعم . فنعم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَسْقَطَ الشُّفْعَةَ قَبْلَ الْبَيْعِ لَمْ تَسْقُطْ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

قال الزركشي : عليه الأصحاب .

(وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَسْقُطَ) وهو رواية عن الإمام أحمد . ذكرها أبو بكر فى الشافى . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والقواعد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَ الوَلِيُّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ : لَمْ تَسْقُطْ . وَلَهُ الأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ . وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحَظِّ فِيهَا : سَقَطَتْ ﴾

هـذا أحد الوجوه . اختارة ابن حامد ، والشيخ تقى الدين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز . وقدمه فى النظم .

قال الحارثى : هذا ماقاله الأصحاب .

قال الزركشى : اختاره ابن حامد . وتبعه القاضى ، وعامة أصحابه .

وقيل : تسقط مطلقا . وليس للولد الأخذ إذا كبر . اختاره ابن بطة . وكان بفتى به . نقله عنه أبو حفص . وجزم به فى المنور .

وقيل : لاتسقط مطلقا . وله الأخذ بها إذا كبر . وهو المذهب . نص عليه . وهو ظاهر كلام الخرقي .

قال فى المحرر : اختاره الخرقى .

قال فى الخلاصة : وإذا عفا ولى الصبى عن شفعته : لم تسقط . وقدمه فى المحرر ، والفائق .

قال الحارثى : هـذا المذهب عندى ، وإن كان الأصحاب على خلافه . لنصه فى خصوص المسألة ، على مابينا .

قال فى الفروع : فنصه لاتسقط . وقيل : بلى .

وقيل : مع عدم الحظ . وأطلقهن ابن حمدان فى الرعاية الكبرى ، والزركشى .

فوائد

منهـا : لو بيع شِقْص فى شركة حمل . فالأخذ له متعذر ، إذ لايدخل فى

ملكه بذلك . قاله الحارثى ، وقدمه . قال فى القاعدة الرابعة والثمانين : ومنها الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات مورثه بعد المطالبة . قال الأصحاب : لايؤخذ له .

ثم منهم : من علل بأنه لايتحقق وجوده . ومنهم : من علل بانتفاء ملكه .

قال : و يتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة ، بناء على أن له حكما وملكا . انتهى .

وقال فى المغنى ، والشرح : إذا ولد وكبر : فله الأخذ ، إذا لم يأخذ له الولى كالصبى .

ومنها : لو أخذ الولى بالشفعة ، ولا حظ فيها : لم يصح الأخذ ، على الصحيح من المذهب والروايتين ، و إلا استقر أخذه .

ومنها : لو كان الأخذ أحظ للولد : لزم وليه الأخذ . قاله المصنف ، والشارح . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . ذكروه فى آخر باب الحجر .

قال الحارثى : عليه الأصحاب .

وقال الزركشى ، وقال غير المصنف : له الأخذ من غير لزوم .

وكأنه لم يطلع على ماقالوه فى الحجر فى المسألة بخصوصها .

وعلى كلا القولين يستقر أخذه . و يلزم فى حق الصبى .

ولو تركها الولى مصلحة : إما لأن الشراء وقع بأكثر من القيمة ، أو لأن الثمن يحتاج إلى إنفاقه أو صرفه فيما هو أهم ، أو لأن موضعه لايرغب فى مثله ، أو لأن أخذه يؤدى إلى بيع ما إبقاؤه أولى ، أو إلى استقراض ثمنه ورهن ماله ، أو إلى ضرر وفتنة . ونحو ذلك : فالترك متعين .

وهل يسقط به الأخذ عند البلوغ ؟ وهو مقصود المسألة .

قال المصنف عن ابن حامد : نعم . واختاره ابن بطة ، وأبو الفرج الشيرازى . ومال إليه فى المستوعب .

قال ابن عقيل : وهو أصح عندى .

قال فى الفروع : لم يصح على الأصح .

قال القاضى فى المجرد : ويحتمل عدم السقوط ، ومال إليه . وقال : هو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن منصور . واختار الحارثى .

وقال أبو بكر فى التنبيه : يحكم للصغير بالشفعة إذا بلغ . ونحوه عبارة ابن أبى موسى . وتقدم معنى ذلك قبل ذلك .

ومنها : لو عفا الولى عن الشفعة التى فيها حظ له . ثم أراد أخذها : فله ذلك فى قياس المذهب . قاله المصنف ، والشارح .

قلت : فقد يعايى بها .

ولو أراد الولي الأخذ فى ثانى الحال ، وليس فيها مصلحة : لم يملكه . لاستمرار المانع .

وإن تجدد الحظ ، فإن قيل بعدم السقوط : أخذ . لقيام المقتضى وانتفاء المانع . وإن قيل بالسقوط : لم يأخذ بحال . لانقطاع الحق بالترك . ذكره المصنف ، وغيره .

ومنها : حكم ولى المجنون المطبق ، والسفيه : حكم ولى الصغير . قاله الأصحاب

تنبيه : المطبق : هو الذى لاترجى إفاقته . حكاه ابن الزاغونى . وقال : هو الأشبه بالصحة ، وبأصول المذهب . لأن شيوخنا الأوائل قالوا فى المعضوب الذى يجزى أن يحج عنه : هو الذى لايرجى برؤه .

وحكى عن قوم تحديد المطبق بالحول فما زاد ، قياساً على تربص العُنة .

وعن قوم التحديد بالشهر . وما نقص ملحق بالإغماء . ذكر ذلك الحارثى .

ومنها : حكم المغمى عليه ، والمجنون غير المطبق : حكم المحبوس والغائب ينتظر إفاقتهما .

ومنهـا : للمفلس الأخذ بها ، والعفو عنها . وليس للغرماء إجباره على الأخذ بها ، ولو كان فيها حظ . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .

قال الحارثى : ويتخرج من إجباره على التكسب : إجباره على الأخذ إذا كان أحظ للغرماء . انتهى .

وليس لهم الأخذ بها .

ومنهـا : للمكاتب الأخذ والترك . وللمأذون له من العبيد : الأخذ دون الترك . وإن عفا السيد : سقطت .

ويأتى آخر الباب : هل يأخذ السيد بالشفعة من المكاتب والعبد المأذون له .

فائدة : قوله ﴿ الشَّرْطُ الرَّابعُ : أَنْ يأْخُذَ جَمِيعَ المبِيعِ ﴾ .

قال الحارثى : هذا الشرط كالذى قبله ، من كونه ليس شرطا لأصل استحقاق الشفعة . فإنَّ أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ . والنظر فى كيفية الأخذ : فرع استقراره . فيستحيل جعله شرطا لثبوت أصله .

قال : والصواب : أن يجعل شرطا للاستدامة ، كما فى الذى قبله . انتهى .

قوله ﴿ فإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ . فَالشُّفْعَةَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ مِلْـكَيْهِمَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه فى رواية إسحاق بن منصور . وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف فى المغنى ، والكافى ، والشارح ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثى : المذهب عند الأصحاب جميعاً : تفاوت الشفعة بتفاوت الحصص

قال فى الفائق : الشفعة بقدر الحق . فى أصح الروايتين .

قال الزركشى : هذا الصحيح المشهور من الروايتين . وجزم به ابن عقيل فى تذكرته ، وصاحب الوجيز ، وغيرهما .

وقدمه فى الفروع ، وقال : اختاره الأكثر .

قلت : منهم الخرقى ، وأبو بكر ، وأبو حفص ، والقاضى .

قال الزركشى : وجمهور أصحابه .

وعنه : الشفعة على عدد الرءوس . اختاره ابن عقيل . فقال فى الفصول : هذا الصحيح عندى .

وروى الأثرم عنه الوقف فى ذلك . حكاه الحارثى .

فائدة : قوله ﴿ فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُما شُفْعَتَهُ : لَمْ يَكُنْ لِلْآخَرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلاَّ الكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

وكذا لو حضر أحد الشفعاء وغاب الباقون .

فقال الأصحاب : ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك .

قال الحارثى : و إطلاق نص الإمام أحمد رحمه الله ينتظر بالغائب — من رواية حنبل — يقتضى الاقتصار على حصته .

قال : وهذا أقوى . والتفريع على الأول .

فقال فى التلخيص : ليس له تأخير شيء من الثمن إلى حضور الغائبين .

وحكى المصنف ، والشارح وجهين . وأطلقاهما .

أحدهما : لا يؤخر شيئاً . فإن فعل بطل حقه من الشفعة .

والوجه الثانى : له ذلك . ولا يبطل حقه . وهو ماأورده القاضى ، وابن عقيل .

فإن كان الغائب اثنين ، وأخذ الحاضر الكل ، ثم قدم أحدهما : أخذ النصف من الحاضر أو العفو .

فإن أخذ ثم قدم الآخر : فله مقاسمتهما . يأخذ من كل منهما ثلث مافى يده .

هكذا قال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه الحارثى .

وقال ابن الزاغونى : القادم بالخيار بين الأخذ من الحاضر ، و بين نقض

شفعته فى قدر حقه . فيأخذ من المشترى إن تراضوا على ذلك ، وإلا نقض الحاكم كما قلنا . ولم يجبر الحاضر على التسليم إلى القادم .

قال : وهذا ظاهر المذهب فيما ذكر أصحابنا . حكاه فى كتاب الشروط .

ثم إن ظهر الشقص مستحقاً : فعهدة الثلاثة على المشترى . قاله القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وكلام ابن الزاغونى : يقتضى أن عهدة كل واحد ممن تسلم منه .

وإذا أخذ الحاضر الكل . ثم قدم أحدهما ، وأراد الاقتصار على حصته ، وامتنع من أخذ النصف . فقال أصحابنا : له ذلك .

فإذا أخذه ، ثم قدم الغائب الثانى . فإن أخذ من الحاضر سهمين ولم يتعرض للقادم الأول : فلا كلام . وإن تعرض ، فقال الأصحاب ـ منهم : القاضى ، والمصنف ـ له أن يأخذ منه ثلثى سهم . وهو ثلث مافى يده .

قال الحارثى : وللشافعية وجه : يأخذ الثانى من الحاضر نصف مافى يده . وهو الثلث . قال : وهو أظهر إن شاء الله .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِى شَرِيكًا : فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الآخَرِ ﴾ .

مثال ذلك : أن تكون الدار بين ثلاثة . فيشترى أحدهم نصيب شريكه . فالشقص بين المشترى وشريكه . قاله الأصحاب . ولا أعلم فيه نزاعاً .

لكن قال الحارثى : عبر فى المتن عن هذا بقوله « فالشفعة بينه وبين الآخر » وكذا عبر أبو الخطاب وغيره . وفيه تجوز . فإن حقيقة الشفعة انتزاع الشقص من يد من انتقلت إليه . وهو متخلف فى حق المشترى . لأنه الذى انتقل إليه هذا .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَتْ دَارًا بَيْنَ اثْنَيْنِ . فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ لِأَجْنَبِىٍّ صَفْقَتَيْنِ . ثُمَّ عَلِمَ شَرِيكُهُ : فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِأَحَدِهِمَا ﴾ .

قاله الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وهى تعدد العقد .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخَذَ بِالثَّانِى شَارَكَهُ الْمُشْتَرِى فِى شُفْعَتِهِ ، فِى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . صححه فى النظم ، وشرح الحارثى ، والتصحيح . وجزم به فى المستوعب ، والتلخيص ، والفائق . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : لا يشاركه فيها . اختاره القاضى ، وابن عقيل .

وفيه وجه ثالث . وهو : إن عفا الشفيع عن الأول : شاركه فى الثانى .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخَذَ بِهِمَا لَمْ يُشَارِكْهُ فِى شُفْعَةِ الْأَوَّلِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَهَلْ يُشَارِكُهُ فِى شُفْعَةِ الثَّانِى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يشاركه . صححه فى التصحيح ، والنظم .

والوجه الثانى : لا يشاركه .

قال الحارثى : وهو الأصح .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا ﴾

إذا تعدد المشترى والبائع واحد . بأن ابتاع اثنان ـ أو جماعة ـ شقصاً من واحد ، فقال ابن الزاغونى فى المبسوط : نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان . فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما ، وترك الباقى ، كما قال المصنف وغيره من الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،

والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والحارثى ، والشرح ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب ، وقدمه فى الرعاية ، والفائق .

وقيل : هو عقد واحد . فلا يأخذ إلا الكل ، أو يترك .

فائدتان

إحداهما : لو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة شقصاً من واحد : فالحكم كذلك . لتعدد من وقع العقد له . وكذا ما لو كان وكيلاً لاثنين واشترى لهما .

وقيل : الاعتبار بوكيل المشترى . ذكره فى الرعاية .

الثانية : لو باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة صفقة واحدة . فللشفيع الأخذ من الجميع ، ومن البعض .

فإن أخذ من البعض : فليس لمن عداه الشركة فى الشفعة .

وإن باع كلاً منهم على حدةٍ ، ثم علم الشفيع . فله الأخذ من الكل ، ومن البعض .

فإن أخذ من الأول : فلا شركة للآخرين . وإن أخذ من الثانى : فلا شركة للثالث . وللأول : الشركة فى أصح الوجهين . قاله الحارثى . وجزم به فى التلخيص ، وغيره . وفى الآخر : لا .

وإن أخذ من الثالث . ففى شركة الأولين الوجهان .

وإن أخذ من الكل . ففى شركة الأول فى الثانى والثالث . والثانى فى الثالث : وجهان .

فإن قيل : بالشركة والمبيع متساوى . فالسدس الأول للشفيع ، وثلاثة أرباع الثانى وثلاثة أخماس الثالث . وللمشترى الأول ربع السدس الثانى ، وخمس الثالث . وللمشترى الثانى الخمس الباقى من الثالث .

وتصح من مائة وعشرين . للشفيع : مائة وسبعة . وللمشترى الأول : تسعة . والثانى : أربعة .

وإن قيل : بالرءوس . فللمشترى الأول : نصف السدس الثانى ، وثلث الثالث . وللثانى : الثلث الباقى من الثالث . فتصح من ستة وثلاثين . للشفيع : تسعة وعشرون . وللثانى : خمسة . وللثالث : اثنان . ذكر ذلك المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَو اشْتَرَى وَاحِدٌ شِقْصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، وَالشَّرِيكُ وَاحِدٌ . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا فِى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداهما : تعدد البائع ، والمشترى واحد . بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة . فللشفيع أخذ أحدهما . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : عليه الأصحاب حتى القاضى فى المجرد . لأنهما عقدان لتوقف نقل الملك عن كل واحد من البائعين على عقد . فملَكَ الاقتصار على أحدهما ، كما لو كانا متعاقبين ، أو المشترى اثنان . وجزم به فى الكافى ، والوجيز ، وغيرهما . وصححه فى الخلاصة ، وشرح حفيده ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والتلخيص ، والمغنى ، والشرح . ونصراه ، وغيرهم .

والوجه الثانى : ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك . اختاره القاضى فى الجامع الصغير ، ورءوس المسائل . وأطلقهما فى المحرر ، والرعاية الكبرى .

وقيل : له أخذ أحدهما هنا دون التى بعدها . جزم به فى الفنون . وقاسه على تعدد المشترى بكلام يقتضى أنه محل وفاق . وأطلقهن فى الفروع . وهى تعدد البائع .

المسألة الثانية : التعدد بتعدد المبيع ، بأن باع شقصين من دارين صفقة واحدة

من واحد . فللشفيع أخذهما جميعاً . وإن أخذ أحدهما : فله ذلك . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثي : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، وحفيده فى شرحه ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافى ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . جزم به ناظمها .

والوجه الثانى : ليس له أخذ أحدهما . وهو احتمال فى الهداية .

قال بعضهم : اختاره القاضى فى المجرد . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والرعاية . وهى تعدد المبيع .

فعلى هذا الوجه : إن اختار أحدهما سقطت الشفعة فيهما . لترك البعض مع إمكان أخذ الكل ، وكما لو كان شقصاً واحداً .

تنبيه : هذا إذا اتحد الشفيع . فإن كان لكل واحد منهما شفيع : فلهما أخذ الجميع ، وقسمة الثمن على القيمة . وليس لواحد منهما الانفراد بالجميع فى أصح الوجهين . ذكره المصنف ، وغيره .

نعم له الاقتصار على ما هو شريك فيه بحصته من الثمن . وافقه الآخر بالأخذ أو خالفه .

وخرج المصنف ، والشارح : انتفاء الشفعة بالكلية من مسألة الشقص ، والسيف .

فائدة : بقى معنا للتعدد صورة . وهى : أن يبيع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة . فالتعدد واقع من الطرفين ، والعقد واحد .

قال الحارثى : ولهذا قال أصحابنا : هى بمثابة أربع صفقات . وجزم به فى المغنى ، والشرح .

وقالا : هى أربعة عقود . إذ عقد الواحد مع الاثنين عقدان . فللشفيع أخذ

الكل ، أو ما شاء منهما . وذلك خمسةُ أخْيِرة : أخذ الكل ، أخذ نصفه وربعه منهما . أخذ نصفه منهما . أخذ نصفه من أحدهما . أخذ ربعه من أحدهما . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما .

وقيل : ذلك عقدان . قدمه فى الرعاية .

قال فى الفائق : ولو تعدد البائع والمبيع ، واتحد العقد والمشترى . فعلى وجهين .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَسَيْفًا ، فَلِلْشَفِيعِ أَخْذُ الشِّقْصِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمنِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنْ لاَ يَجُوزَ ﴾ .

وهو تخريج لأبى الخطاب فى الهداية ، ومن بعده . بناء على تفريق الصفقة .

فائدة : أخذ الشفيع للشقص لا يثبت خيار التفريق للمشترى . قاله فى التلخيص ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَ بَعْضُ المبِيعِ ، فَلَهُ أَخْذُ البَاقِى بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمنِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً ، وعليه الأصحاب . إلا أن ابن حامد اختار : أنه إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن كما نقله المصنف عنه .

فائدة : لو تعيب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن ، مع بقاء عينه . فليس له الأخذ إلا بكل الثمن ، أو الترك . قطع به المصنف فى المغنى ، وصاحب التلخيص ، والشارح ، وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه آخر : له الأخذ بالحصة . اختاره القاضى يعقوب .

قال الحارثى : وأظن ـ أو أجزم ـ أنه قول القاضى فى التعليق . قال : وهو الصحيح .

قوله ﴿ الْخَامِسُ : أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مِلْكٌ سَابِقٌ . فَإِنِ اشْتَرَى اثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً . فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صاحبه ﴾ بلا نزاع .

﴿ فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ ، فَتَحَالَفَا أَوْ تعارَضَتْ بَيِّنَتَاهُمَا فَلَا شُفْعَةَ لَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب فى تعارض البينتين ، على ما يأتى فى بابه .

فإن قيل باستعمالها بالقرعة : فمن قرع حلف وقضى له .

و إن قيل باستعمالها بالقسمة : فلا أثر لها هٰهنا ، لأن العين بينهما منقسمة إلا أن تتفاوت الشركة ، فيفيد التنصيف ، ولا يمين إذاً ، على ما يأتى إن شاء الله تعالى .

قوله ﴿ وَلَا شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الوَقْفِ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا بيع طِلْق فى شركة وقف : فهل يستحقه الموقوف عليه ؟ لا يخلو : إما أن نقول يملك الموقوف عليه الوقف أو لا ؟ .

فإن قلنا يملكه ـ وهو المذهب على ما يأتى ـ فالصحيح من المذهب هنا : أنه لا شفعة له . جزم به فى الوجيز وغيره . وقطع به أيضاً ابن أبى موسى ، والقاضى وابنه ، وابن عقيل ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو الفرج الشيرازى فى آخرين . واختاره المصنف ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، والنظم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

وقال أبو الخطاب : له الشفعة .

قال الحارثي : وجوب الشفعة على قولنا بالملك : هو الحق . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والمحرر ، والكافى .

و إن قلنا : لا يملك الموقوف عليه الوقف : فلا شفعة أيضاً . على الصحيح من

المذهب . قطع به الجمهور . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، وصاحب المحرر ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، ومن تقدم ذكره فى المسألة الأولى ، وغيرهم وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل له : الشفعة . قال فى الرعاية الكبرى : وقيل إن قلنا : القسمة إفراز ، وجبت . وإلا فلا . انتهى .

اختار فى الترغيب إن قلنا : القسمة إفرار وجبت هى والقسمة بينهما .

فعلى هذا الأصح : يؤخذ بها موقوف جاز بيعه .

قال فى التلخيص — بعد أن حكى كلام أبى الخطاب المتقدم — ويتخرج عندى — وإن قلنا : يملكه فى الشفعة — وجهان مبنيان على أنه : هل يقسم الوقف ، والطلق أم لا ؟ .

فإن قلنا : القسمة إفراز : قسم ، وتجب الشفعة . وإن قلنا بيع فلا قسمة ولا شفعة . انتهى .

قال فى القواعد — بعد أن حكى الطريقتين — هذا كله مفرع على المذهب فى جواز قسمة الوقف من الطلق .

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة : فلا شفعة . إذ لا شفعة فى ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من العقار .

وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين على الخلاف فى قبول القسمة . انتهى .

تنبيه : هذه الطريقة التى ذكرناها — وهى : إن قلنا الموقوف عليه يملك الوقف وجبت الشفعة ، أولا يملك فلا شفعة — هى طريقة أبى الخطاب ، وجماعة .

وللأصحاب طريقة أخرى . وهى أن الخلاف جار سواء قلنا : يملك الموقوف عليه الوقف أم لا . وهى طريقة الأكثرين . وهى طريقة المصنف هنا وغيره .

ومنهم من قال : إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة . وإن قيل بالملك : فوجهان . وهى طريقة صاحب المحرر . واختاره فى التلخيص . لكن بناه على ماتقدم .

قوله ﴿ وَإنْ تَصَرَّفَ المشْتَرِى فِى المبِيعِ قَبْلَ الطَّلَبِ بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ وَكَذَا بِصَدَقَةٍ : سَقَطَتْ ، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَهُ ﴾ .

نص عليه ، وقلنا : فيه الشفعة على ماتقدم . وهذا المذهب فى الجميع . نص عليه وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : وقال أصحابنا : إن تصرف بالهبة أو الصدقة أو الوقف : بطلت الشفعة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، وغيرها . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وناظم المفردات . وهو منها .

فقال ــ بعد أن ذكر الوقف ، والهبة ، والصدقة :

جمهور الأصحاب على هذا النمط * والقاضى قال النص فى الوقف فقط .

وقال أبو بكر فى التنبيه ، ولو بنى حصته مسجداً كان البناء باطلا . لأنه وقع فى غير ملك تام له . هذا لفظه .

قال المصنف : القياس قول أبى بكر . واختاره فى الفائق .

قال الحارثى : وهو قوى جداً .

وقال : حكى القاضى أن أبا بكر قال فى التنبيه : الشفيع بالخيار بين أن يقره على ماتصرف و بين أن ينقض التصرف . فإن كان وقفاً على قوم فسخه ، و إن كان مسجداً نقضه ، اعتباراً به لو تصرف بالبيع .

قال : وتبعه الأصحاب عليه .

ومن ضرورته : عدم السقوط مطلقاً ، كما ذكره المصنف هنا عنه .

قال : ولم أر هذا فى التنبيه . إنما فيه ماذكرنا أولا ، من بطلان أصل التصرف و بينهما من البون مالا يخفى . انتهى .

وقال فى الفائق : وخص القاضى النص بالوقف ، ولم يجعل غيره مسقطاً . اختاره شيخنا . انتهى .

قال فى الفصول : وعنه لاتسقط . لأنه شفيع . وضعفه بوقف غصب أو مريض مسجداً .

تنبيه : قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : صرح القاضى بجواز الوقف والإقدام عليه . وظاهر كلامه فى مسألة التحيل على إسقاط الشفعة : تحريمه . وهو الأظهر . انتهى .

قلت : قد تقدم كلام صاحب الفائق فى ذلك فى أول الباب .

فائدتان

إحداهما : لايسقط رهنه الشفعة . على الصحيح من المذهب . وإن سقطت بالوقف والهبة والصدقة . قدمه فى الفروع . ونصره الحارثى .

وقيل : الرهن كالوقف والهبة والصدقة . جزم به فى الكافى ، والمغنى والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

قال الحارثى : ألحق المصنف الرهن بالوقف والهبة . وهو بعيد عن نص الإمام أحمد رحمه الله . فإنه أبطل فى الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك . والرهن غير خارج عن الملك . فامتنع الإلحاق . انتهى .

وقال فى الفائق : وخص القاضى النص بالوقف . ولم يجعل غيره مسقطاً .

اختاره شيخنا ـ يعنى الشيخ تقى الدين رحمه الله .

وكلام الشيخ ـ يعنى به المصنف ـ يقتضى مساواة الرهن والإجارة وكل عقد لاتجب الشفعة فيه للوقف .

قال ـ يعنى المصنف ـ : ولو جعله صداقاً أو عوضاً عن خلع : انبنى على الوجهين فى الأخذ بالشفعة . انتهى .

وقدم فى الرعاية سقوطها بإجارة وصدقة .

الثانية : لو أوصى بالشقص . فإن أخذ الشفيع قبل القبول : بطلت الوصية واستقر الأخذ . ذكره المصنف ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم .

وإن طلب ولم يأخذ بعد : بطلت الوصية أيضاً ، ويدفع الثمن إلى الورثة . لأنه ملكهم . وإن كان الموصى له قَبِلَ قَبْلَ أخذ الشفيع أو طلبه : فكما مر فى الهبة . تنقطع الشفعة بها على المذهب .

قال الحارثى : وعلى المحكى عن أبى بكر ـ وإن كان لايثبت عنه ـ لاتنقطع ، وهو الحق . انتهى .

وهو مقتضى إطلاق المصنف فى المغنى .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ فَلِلشَّفِيعِ الأَخْذُ بِأَىِّ البَيْعَيْنِ شَاءَ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . والمشهور عند الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقال ابن أبى موسى : يأخذه ممن هو فى يده . وهو ظاهر كلام ابن عقيل فى التذكرة . لأنه قال : إذا خرج من يده وملكه ، كيف يسلم ؟ .

وقيل : البيع باطل . وهو ظاهر كلام أبى بكر فى التنبيه . قاله فى القاعدة الرابعة والعشرين .

وقال فى آخر القاعدة الثالثة والخمسين : وذكر أبو الخطاب أن تصرف المشترى فى الشقص المشفوع يصح ، ويقف على إجازة الشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ فُسِخَ البَيْعُ بِعَيْبٍ أَوْ إِقَالَةٍ فَلِلْشَّفِيعِ : أَخْذُهُ إِذَا تَقَايَلَا الشِّقْصَ . ثُمَّ عَلِمَ المُشْتَرِى ، إِنْ قُلْنَا : الإِقَالَةُ بَيْع . فَلَهُ الأَخْذُ مِنْ أَيِّهِمَا شَاءَ ﴾

فإن أخذ من المشترى نقض الإقالة ليعود الشقص إليه . فيأخذ منه . وإن قلنا فسخ : فله الشفعة أيضاً . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : ذكره الأصحاب ـ القاضى ، وأبوالخطاب ـ وابن عقيل ، والمصنف فى آخرين . انتهى .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والنظم ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الحارثى : ثم ذكر القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى كتابيه : أنه يفسخ الإقالة ، ليرجع الشقص إلى المشترى فيأخذ منه .

قال المصنف : لأنه لا يمكنه الأخذ معها .

وقال ابن أبى موسى : للشفيع انتزاعه من يد البائع .

قال الحارثى : والأول أولى . لأن الاستشفاع الانتزاع من يد المشترى . وهذا معنى قوله « لا يمكن الأخذ معها » .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة .

وحمله القاضى على أن الشفيع عفا ولم يطالب . وتبعه ابن عقيل .

قال فى المستوعب : وعندى أن الكلام على ظاهره . ومتى تقايلا قبل المطالبة بالشفعة : لم تجب الشفعة . وكذا قال صاحب التلخيص ، وزاد : فيكون على روايتين .

قال الحارثى : والبطلان هو الذى يصح عن الإمام أحمد رحمه الله .

فائدة : لو تقايلا بعد عفو الشفيع ، ثم عَنّ له المطالبة : ففى المجرد والفصول إن قيل : الإقالة فسخ ، فلا شىء له . وإن قيل : هى بيع ، تجددت الشفعة . وأخذ من البائع لتجدد السبب . فهو كالعود إليه بالبيع الصريح . واقتصر عليه الحارثى .

وإن فسخ البيع بعيب قديم ، ثم علم الشفيع وطالب مقدما على العيب . فقال المصنف هنـا : له الشفعة . وكذا قال الأصحاب : القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل فى آخرين .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه ليس له الأخذ إذا فسخ بعيب . ذكره فى المستوعب ، والتلخيص ، أخذاً من نصه فى رواية ابن الحكم فى المقايلة .

وأكثرهم حكاه قولاً ، ومال إليه الحارثى .

فوائد

منها : لو باع شقصاً بعبد ، ثم وجد العبد معيباً . فقال فى المغنى ، والمجرد ، والفصول ، وغيرهم : له رد العبد واسترجاع الشقص . ولا شىء للشفيع . واختار الحارثى ثبوت الشفعة له . انتهى .

قال الأصحاب : وإن أخذ الشفيع الشقص : ثم وجد البائع العيب : لم يملك استرداد الشقص . لأنه يلزم عنه بطلان عقد آخر .

قلت : فيعايى بها .

ولـكن يرجع بقيمة الشقص . والمشترى قد أخذ من الشفيع قيمة العبد . فإن ساوت قيمة العبد فذاك . وإن زادت إحداهما على الأخرى . ففى رجوع باذل الزيادة من المشترى والشفيع على صاحبه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

أحدهما : يرجع بالزيادة . وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عقيل والمجد . وجزم به فى الـكافى . وصححه فى الفروع .

والوجه الثانى : لا يرجع .

وإن عاد الشقص إلى المشترى بعد دفع قيمته ببيع أو إرث أو هبة أو غيرها . ففى المجرد ، والفصول : لا يلزمه الرد على البائع ، ولا للبائع استرداده .

قال فى المغنى ، والشرح : ليس للشفيع أخذه بالبيع الأول . انتهيا .

وإن أخذ البائع الأرش ولم يرد . فإن كان الشفيع أخذ بقيمته صحيحاً ، فلا رجوع للمشترى عليه . وإن أخذ بقيمته معيباً ، فللمشترى الرجوع بمـا أدى من الأرش . ذكره الأصحاب .

ولو عفا البائع مجاناً بالقيمة صحيحاً . ففى المغنى ، والشرح : لا يرجع الشفيع على المشترى بشىء . واقتصر عليه الحارثى .

وقيل : يرجع على المشترى بالأرش . وأطلقهما فى الفروع .

ومنها : لو اشترى شقصاً بعبد أو بثمن معين ، وظهر مستحقاً : فالبيع باطل ، ولا شفعة . وعلى الشفيع رد الشقص إن أخذه . وإن ظهر البعض مستحقاً بطل البيع فيه . وفى الباقى روايتا تفريق الصفقة .

ومنها : لو كان الشراء بثمن فى الذمة ونقده ، فخرج مستحقاً : لم يبطل البيع ، والشفعة بحالها . ويرد الثمن إلى مالكه . وعلى المشترى ثمن صحيح . فإن تعذر لإعسار أو غيره . ففى المغنى ، والشرح : للبائع فسخ البيع . ويقدم حق الشفيع .

ومنها : لو كان الثمن مكيلا أو موزوناً ، فتلف قبل قبضه بطل البيع ، وانتفت الشفعة . فإن كان الشفيع أخذ الشفعة لم يكن لأحد استرداده . ذكره المصنف ، والشارح .

ومنها : لو ارتد المشترى ، وقتل أو مات . فللشفيع الأخذ من بيت المال . قاله الشارح : واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ أَوْ تَحَالَفَا ﴾ .

يعنى إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن ـ ولا بينة ـ وتحالفا ، وتفاسخا ، فلا يخلو : إما أن يكون قبل أخذ الشفيع أو بعده .

فإن كان قبل أخذ الشفيع ـ وهى مسألة المصنف ـ فللشفيع الأخذ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

قال الحارثى : ويتخرج انتفاء الشفعة من مثله فى الإقالة والرد بالعيب ، على الرواية المحكية وأولى .

فعلى المذهب : يأخذه بما حلف عليه البائع . لأنه مقر بالبيع بالثمن الذى حلف عليه ، ومقر له بالشفعة ، وإن وجد التفاسخ بعد أخذ الشفيع أقر بيد الشفيع ، وكان عليه للبائع ما حلف عليه .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِنْ أَجَّرَهُ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ . وَلَهُ الأُجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ ﴾ .

أن الإجارة لا تنفسخ ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخــذه بالشفعة ، وهو أحد الوجوه .

جزم به فى الشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم .

قال الحارثى : وفيه إشكال .

والوجه الثانى : تنفسخ من حين أخذه . وهو المذهب . جزم به فى المحرر ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

قال فى الفروع ، وفى الإجارة فى الكافى : الخلاف فى هبة . انتهى . وأطلقهما فى الحاوى الصغير .

والوجه الثالث : للشفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها .

قال فى القاعدة السادسة والثلاثين : وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه فى مسألة إعارة العارية . قال : وهو أظهر . انتهى .

قال الحارثى : ويتخرج من الوجه الذى نقول : تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثانى فى الوقف ، إجازة الشفيع هنا . إن أجازه : صح . وإلا بطل فى حقه بالأولى . قال : وهذا أقوى . انتهى .

وأطلق الأوجه الثلاثة فى القواعد . ولم يذكر الوجه الثالث فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنِ اسْتَغَلَّهُ فَالْغَلَّةُ لَهُ ﴾ بلا نزاع .

وإن أخذه الشفيع وفيه زرع ، أو ثمرة ظاهرة : فهى للمشترى ، مبقاة إلى الحصاد والجداد . يعنى بلا أجرة . وهذا المذهب .

قال المجد فى شرح الهداية : هذا أصح الوجهين لأصحابنا . وجزم به فى المغنى والشرح ، وشرح ابن منجا ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

وقيل : تجب فى الزرع الأجرة ، من حين أخذ الشفيع . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال ابن رجب فى القواعد : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وهذا الوجه ذكره أبو الخطاب فى الانتصار .

قال فى الفروع : فيتوجه منه تخريج فى الثمرة .

قلت : وهو ظاهر بحث ابن منجا فى شرحه .

قال الحارثى ـ لما علل بكلامه فى المغنى ـ وهذا بالنسبة إلى وجوب الأجرة للشفيع فى المؤجر مشكل جداً . فينبغى أن يخرج وجوب الأجرة هنا من وجوبها هناك .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ﴾ .

أن ما لم يظهر يكون ملكا للشفيع . وذلك كالشجر إذا كبر ، والطلع إذا لم يؤبر ، ونحوهما . وهو كذلك . قاله الأصحاب . منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى الكافى ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

فائدة : لو تأبر الطلع المشمول بالبيع فى يد المشترى : كانت الثمرة له . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه الحارثى ، وفيه وجه : هى للشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرِى وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ لِكَوْنِهِ أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِى الثَّمَنِ ، أَوْ نَحْوَهُ ، وَغَرَسَ ، أَوْ بَنَى : فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، وَيَمْلِكَهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ ، وَيَضْمَنَ النَّقْصَ ﴾ .

إذا أبى المشترى أخذ غرسه و بنائه : كان للشفيع أخذ الغراس والبناء ، والحالة هذه . وله القلع ، وضمان النقص ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال فى الانتصار : أو أقره بأجرة . فإن أبى فلا شفعة .

قال الحارثى : إذا لم يقلع المشترى : ففى الكتاب تخيير الشفيع بين أخذ الغراس والبناء بالقيمة ، و بين قلعه وضمان نقصه . وهذا ما قاله القاضى وجمهور أصحابه

قال : ولا أعرفه نقلا عن الإمام أحمد رحمه الله . و إنما المنقول عنه روايتا التخيير من غير أرش .

والأخرى — وهى المشهورة عنه — : إيجاب القيمة من غير تخيير . وهو ما ذكره الخرقى ، وابن أبى موسى ، وابن عقيل فى التذكرة ، وأبو الفرج الشيرازى . وهو المذهب .

زاد ابن أبى موسى : ولا يؤمر المشترى بقلع بنائه . انتهى .

قال فى الفروع : ونقل الجماعة : له قيمة البناء ، ولا يقلعه .

ونقل سندى : أله قيمة البناء ، أم قيمة النقص ؟ قال : لا ، قيمة البناء .

فائدة : إذا أخذه بالقيمة . قال الحارثى : يعتبر بذل البناء أو الغراس بما يساويه حين التقويم ، لا بما أنفق المشترى ، زاد على القيمة أو نقص . ذكره أصحابنا . انتهى .

وقال فى المغنى ، وتبعه الشارح : لا يمكن إيجاب قيمته باقياً . لأن البقاء غير مستحق . ولا قيمته مقلوعاً . لأنه لو كان كذلك ، لملك القلع مجانا . ولأنه قد يكون لا قيمة له إذا قلع .

قالا : ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة .

والظاهر : أن الأرض تقوم مغروسة ومبنية ، ثم تقوم خالية . فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء . وجزم بهذا ابن رزين فى شرحه .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة ، إذا امتنعا من قلعه . انتهيا .

قوله ﴿ فَإِنِ اخْتَارَ أَخْذَهُ فَأَرَادَ الْمُشْتَرِى ـ وَهُوَ صَاحِبُه ـ قَلْعَه : فَلَهُ ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . اختاره المصنف ، والشارح .

وجزم به الخرقى ، وابن عقيل فى التذكرة ، والأدمى البغدادى ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الوجيز .

والصحيح من المذهب : أن له القلع ، سواء كان فيه ضرر أو لا . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : ولم يعتبر القاضى وأصحابه الضرر وعدمه .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الأكثرين . بل الذى جزموا به : له ذلك . سواء أضر بالأرض ، أو لم يضر . انتهى .

وقدمه فى الفروع ، والتلخيص ، والفائق .

تنبيه : قال الحارثى : وهذا الخلاف الذى أورده من أورده من الأصحاب مطلقا : ليس بالجيد . بل يتعين تنزيله : إما على اختلاف حالين . وإما على ماقبل الأخذ . وإنما أورده القاضى ، وابن عقيل فى الفصول ، على هذه الحالة لا غير .

وحيث قيل باعتبار عدم الضرر . ففيما بعد الأخذ ، وهو ظاهر ما أورده فى التذكرة .

فائدتان

إحداهما : لو قلعه المشترى ، وهو صاحبه : لم يضمن نقص الأرض . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال فى الفروع : لايضمن نقص الأرض فى الأصح . وقدمه فى الشرح ، والفائق . وجزم به فى الكافى . وعلله بانتفاء عدوانه ، مع أنه جزم فى باب العارية بخلافه .

وقيل : يلزمه . وهو ظاهر كلام الخرقى . ومال إليه الحارثى . وقال : والكلام فى تسوية الحفر : كالكلام فى ضمان أرش النقص . وأطلقهما فى القاعدة الثامنة والسبعين .

الثانية : يجوز للمشترى التصرف فى الشقص الذى اشتراه بالغرس والبناء فى الجملة . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قال فى رواية سندى : ليس هذا بمنزلة الغاصب .

وقال فى رواية حنبل : لأنه عمّر . وهو يظن أنه ملكه ، وليس كما إذا زرع بغير إذن أهله .

قال الحارثى : إنما هذا بعد القسمة والتمييز ، ليكون التصرف فى خالص ملكه . أما قبل القسمة : فلا يملك الغرس والبناء . وللشفيع إذاً قلع الغرس والبناء مجاناً للشركة ، لا للشفعة . فإن أحد الشريكين إذا انفرد بهذا التصرف كان للآخر القلع مجاناً .

قال جعفر بن محمد : سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل غرس نخلا فى أرض بينه و بين قوم مشاعاً ؟ قال : إن كان بغير إذنهم قلع نخله . انتهى .

قلت : وهذا لاشك فيه .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ الشَّفِيعُ مِلْكَهُ قَبْلَ العِلْمِ : لَمْ تَسْقُطْ شُفْعَتُهُ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : هذا أظهر الوجهين .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

والثانى : تسقط . اختاره القاضى فى المجرد . وأطلقهما فى التلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية ، والفروع ، والفائق .

فعلى المذهب : للبائع الثانى ـ وهو الشفيع ـ أخذ الشقص من المشترى الأول .

فإن عفا عنه : فللمشترى الأول أخذ الشقص من المشترى الثانى .

فإن أخذ منه : فهل للمشترى الآخذ من الثانى ؟ على الوجهين . وهو قوله « وللمشترى الشفعة فيما باعه الشفيع . فى أصح الوجهين » وهو المذهب . صححه المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الفائق . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : لا شفعة له . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

وعلى الوجه الثانى ، فى المسألة الأولى : لا خلاف فى ثبوت الشفعة للمشترى الأول على المشترى الثانى فى مبيع الشفيع . لسبق شركته على المبيع ، واستقرار ملكه .

تنبيه : مفهوم كلامه : أن الشفيع لو باع ملكه بعد علمه : أن شفعته تسقط . وهو صحيح ، لا خلاف فيه أعلمه .

لكن لو باع بعضه عالماً . ففى سقوط الشفعة وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفائق .

أحدهما : تسقط .

والثانى : لا تسقط . لأنه قد بقى من ملكه مايستحق به الشفعة فى جميع المبيع لو انفرد . فكذلك إذا بقى .

قال الحارثى : وهو أصح إن شاء الله تعالى . لقيام المقتضى . وهو الشركة وللمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى فى المسألة الأولى .

وفى الثانية : إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول ، وإن قلنا : لا تسقط شفعة البائع . فله أخذ الشقص من المشترى الأول .

وهل للمشترى الأول شفعة على المشترى الثانى ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

أحدهما : له الشفعة .

قال المصنف فى المغنى : وهو القياس .

والوجه الثاني : لاشفعة له .

فعلى الأول : للمشترى الأول الشفعة على المشترى الثانى ، سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يأخذ . وللبائع الثانى ـ إذا باع بعض الشقص ـ الأخذ من المشترى الأول فى أحد الوجهين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

فائدة : لو باع بعض الحصة جاهلاً . فإن قيل بالشفعة فيما لو باع الكل فى هذه الحال . فلا كلام . و إن قيل بسقوطها فيه : فهنا وجهان . أوردهما القاضى ، وابن عقيل .

وجههما : ماتقدم فى أصل المسألة .

قال الحارثى : والأصح جريان الشفعة بالأولى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ : بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ، إلاَّ أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلَبِهَا فَتَكُونُ لِوَارِثِهِ ﴾ .

إذا مات الشفيع فلا يخلو : إما أن يكون قد مات قبل طلبها أو بعده .

فإن مات قبل طلبها : لم يستحق الورثة الشفعة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه مراراً .

قال فى القواعد الفقهية : لاتورث مطالبة الشفعة من غير مطالبة ربها . على الصحيح من المذهب . وله مأخذان .

أحدهما : أنه حق له : فلا يثبت بدون مطالبته . ولو علمت رغبته من غير مطالبته لـكفى فى الإرث . ذكره القاضى فى خلافه .

والمأخذ الثانى : أن حقه سقط بتركه و إعراضه ، لاسيما على قولنا : إنها على الفور .

فعلى هذا : لو كان غائباً فللورثة المطالبة . وليس ذلك على الأول . انتهى .

وقيل : للورثة المطالبة . وهو تخريج لأبى الخطاب .

ونقل أبو طالب : إذا مات صاحب الشفعة ، فلولده أن يطلبوا الشفعة لمورثهم

قال فى القواعد : وظاهر هذا : أن لهم المطالبة بكل حال . انتهى .

وإن مات بعد أن طالب بها : استحقها الورثة . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . ولا أعلم فيه خلافاً .

وقد توقف فى رواية ابن القاسم ، وقال : وهو موضع نظر .

وتقدم نظير ذلك فى آخر فصل خيار الشرط .

قال الحارثى : ثم من الأصحاب من يعلل بإفادة الطلب للملك . فيكون الحق موروثاً بهذا الاعتبار . وهى طريقة القاضى ، وأبى الخطاب ، ومن وافقهما على إفادة الملك .

ومنهم من يعلل بأن الطلب مقرر للحق . ولهذا لم تسقط بتأخير الأخذ بعده وتسقط قبله . وإذا تقرر الحق وجب أن يكون موروثاً . وهى طريقة المصنف ، ومن وافقه على أن الطلب لايفيد الملك . وهو مقتضى كلام الإمام أحمد رحمه الله .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الشفيع لايملك الشقص بمجرد المطالبة . وهو أحد الوجوه . فلا بد للتملك من أخذ الشقص ، أو يأتى بلفظ يدل على أخذه بعد المطالبة . بأن يقول « قد أخذته بالثمن » أو « تملكته بالثمن » ونحو ذلك . وهو اختيار المصنف ، والشارح . وقدمه الحارثى ، ونصره .

وقال : اختاره المصنف ، وغيره من الأصحاب .

وقيل : يملكه بمجرد المطالبة إذا كان مليئاً بالثمن . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الفروع ، والمستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال الحارثى : وهو قول القاضى ، وأكثر أصحابه ، وصاحب التلخيص .

فيصح تصرفه قبل قبضه فيه .

وقيل : لايملكه إلا بمطالبته وقبضه .

وقيل : لايملكه إلا بحكم حاكم . اختاره ابن عقيل . وقطع به فى تذكرته .

قال الحارثى : ويحصل الملك بحكم الحاكم أيضاً . ذكره ابن الصيرفى فى نوادره . وقال به غير واحد . انتهى .

وقيل : لايملكه إلا بدفع ثمنه ، ما لم يصبر مشتريه . واختاره ابن عقيل أيضاً . حكاه فى المستوعب ، والتلخيص .

قال فى القواعد : ويشهد له نص الإمام أحمد رحمه الله : إذا لم يحضر المال مدة طويلة . بطلت شفعته .

وقال فى الرعاية : الأصح أن له التصرف قبل قبضه وتملكه .

وقال فى التلخيص ، والترغيب : المشترى حبسه على ثمنه . لأن الملك بالشفعة قهرى ، كالميراث ، والبيع عن رضى .

ويخالفه أيضاً فى خيار الشرط . وكذا خيار مجلس من جهة شفيع بعد تملكه . لنفوذ تصرفه قبل قبضه بعد تملكه بإرث .

تنبيه : قوله ﴿ وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِى وَقَعَ عَلَيْهِ العَقْدُ ﴾ .

قال الحارثى : فيه مضمر حذف اختصاراً . وتقديره : مثل الثمن ، أو قدره . لأن الأخذ بعين الثمن المأخوذ به للمشترى غير ممكن . فتعين الإضمار .

وإذن فالظاهر إرادة الثانى ، وهو القدر . لأنه تعرض لوصف التأجيل ، والمثلية ، والتقويم فيما بعد . فلو كان المثل مراداً : لكان تكريراً . لشمول « المثل » للصفة والذات . انتهى .

فوائد

منها : تنتقل الشفعة إلى الورثة كلهم على حسب ميراثهم . ذكره غير واحد منهم المصنف ، والشارح ، والسامرى ، وابن رجب ، وغيرهم .

ومنها : لا فرق فى الوارث بين ذوى الرحم والزوج والمولى و بيت المال . فيأخذ الإمام بها . صرح به الأصحاب . قاله فى القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة .

ومنها : إشهاد الشفيع على الطلب حالة العذر يقوم مقام الطلب فى الانتقال إلى الورثة .

ومنها : شفيعان فى شقص . عفا أحدهما ، وطالب الآخر ، ثم مات . فورثه العافى : له أخذ الشقص بالشفعة . ذكره المصنف ، وغيره .

قال المصنف : وكذا لو قذف رجل أمهما الميتة . فعفا أحدهما ، وطالب الآخر ثم مات . فورثه العافى : كان له استيفاء الحد بالنيابة عن أخيه ، إذا قيل بوجوب الحد بقذفها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجِزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ : سَقَطَتْ شُفْعَتُهُ ﴾ .

ولو أتى برهن أو ضامن : لم يلزم المشترى . ولكن ينظر ثلاثا . على الصحيح من المذهب ﴿ حَتَّى يَتَبَيَّنَ عَجْزُهُ ﴾ .

نص عليه . وجزم به فى الرعاية الصغرى ، والمحرر ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه فى الفروع ، والحارثى .

وعنه : لا ينظر إلا يومين . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والمستوعب

وعنه : يرجع فى ذلك إلى رأى الحاكم .

قلت : وهذا الصواب فى وقتنا هذا .

فإذا مضى الأجل : فسخ المشترى . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف .

قال الحارثى : وهو أصح . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إنما يفسخه الحاكم . قدمه فى الشرح ، و الرعاية ، والفائق .

وقيل : يتبين بطلانه . اختاره ابن عقيل .

قال الحارثى : والمنصوص من رواية الجمال : بطلان الشفعة مطلقا . وهو ماقال فى التلخيص ، والمحرر .

فوائد

الأولى : المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع . لأنه دفع مال لغرض التملك . ولهذا اعتبر له العلم بالشقص و بالثمن . فلا يصح مع جهالتهما . ذكره المصنف ، وغيره

قال : وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة . ثم يتعرف مقدار الثمن . وذكر احتمالا بجواز الأخذ مع جهالة الشقص ، بناء على جواز بيع الأعيان الغائبة .

الثانية : قال المصنف ، وغيره : إذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشترى تسليم الشقص حتى يقبض الثمن . وقاله فى التلخيص ، وغيره . وفرق بينه و بين البيع .

الثالثة : لو تسلم الشقص والثمن فى الذمة ، فأفلس . فقال المصنف ، وغيره : المشترى مخير بين الفسخ والضرب مع الغرماء بالثمن ، كالبائع إذا أفلس المشترى .

الرابعة : فى رجوع شفيع بأرش على مشترى عفا عنه بائع : وجهان . وأطلقهما فى الرعاية ، والفروع .

قلت : الصواب عدم الرجوع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . ثم وجدته فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والحارثى . قطعوا بذلك .

وتقدم ذلك بعد قوله « و إن فسخ البيع بعيب أو إقالة » .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً : أَخذَهُ الشَّفِيعُ بِالأَجَلِ إنْ كَانَ مَلِيئًا ، وَإِلاَّ أَقَامَ كَفِيلاً مَلِيئًا وَأَخَذَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

لكن شرط القاضى فى الجامع الصغير ، وغيره ، وولده أبو الحسين ، والقاضى يعقوب ، وأبو الحسن بن بكروس : وصف « الثقة » مع « الملاءة » فلا يستحق بدونهما .

قال الحارثى : وليس ببعيد من النص .

فائدة : لو أخذ الشفيع بالأجل ، ثم مات هو أو المشترى ـ وقلنا : يحل الدين بالموت ـ حل الثمن عليه ، ولم يحل على الحى منهما . ذكره المصنف وغيره .

فائدة : قال الحارثى : إطلاق قول المصنف « إن كان مؤجلا أخذه بالأجل إن كان مليئاً » يفيد مالو لم يتفق طلب الشفيع إلا عند حلول الأجل أو بعده ، أن يثبت له استئناف الأجل . وقطع به ونصره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا : أَعْطَاهُ مِثْلَهُ ، إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، وَإِلاَّ قِيمَتَهُ ﴾ .

اعلم أن الثمن لايخلو : إما أن يكون مثلياً ، أو متقوماً . فإن كان مثلياً : انقسم إلى نقد وعرض . وأياً ما كان فالمماثلة فيه تتعلق بأمور .

أحدها : الجنس . فيجب مثله من الجنس : كالذهب ، والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والزيت ، ونحوه . وإن انقطع المثل حالة الأخذ : انتقل إلى القيمة . كما فى الغصب . حكاه ابن الزاغونى محل وفاق .

وفى أصل المسألة رواية : أنه يأخذ بقيمة المكيل والموزون ، تعذر المثل أو لا

وأما المذروع ـ كالثياب ـ فقال ابن الزاغونى فى شروطه : القول فيه كالقول فى المكيل والموزون . إلا أن القول فيه هنا مبنى على السلم فيه . فحيث صححنا السلم فيه : أخذ مثلها ، إلا على الرواية فى أنها مضمونة بالقيمة فيأخذ الشفيع بالقيمة .

وحيث قلنا : لا تصح بأخذ القيمة ، والأولى : القيمة . انتهى .

قال الحارثى : والقيمة اختيار المصنف ، وعامة الأصحاب .

وأما المعدود ـ كالبيض ونحوه ـ فقال ابن الزاغونى : ينبنى على السلم فيه . إن قيل بالصحة : ففيه ما فى المكيل ، والموزون . وإلا فالقيمة .

الثانى : المقدار ، فيجب مثل الثمن قدراً من غير زيادة ولا نقص . فإن وقع

العقد على ما هو مقدر بالمعيار الشرعى فذاك . و إن كان بغيره ـ كالبيع بألف رطل من حنطة ـ فقال فى التلخيص : ظاهر كلام أصحابنا : أنه يكال و يدفع إليه مثل مكيله ، لأن الربويات تماثلها بالمعيار الشرعى . وكذلك إقراض الحنطة بالوزن . قال : يكفى عندى الوزن هنا . إذ المبذول فى مقابلة الشقص وقدر الثمن : معياره لا عوضه . انتهى .

تنبيه : تقدم فى الحيل : إذا جهل الثمن ما يأخذ .

الثالث : الصفة فى الصحاح ، والمكسرة ، والسود ، ونقد البلد ، والحلول ، وضدها . فيجب مثله صفة .

و إن كان متقوماً ـ كالعبد ، والدار ، ونحوهما ـ فالواجب اعتباره بالقيمة يوم البيع .

وقال فى الرعاية : يأخذ الشفيع الشقص بما استقر عليه العقد من ثمن مثلى أو قيمة غيره وقت لزوم العقد .

وقيل : بل وقت وجوب الشفعة . انتهى .

فائدة : لو تبايع ذميان بخمر ، إن قلنا : ليست مالا لهم . فلا شفعة بحال . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . واقتصر عليه الحارثى .

و إن قلنا : هى مال لهم . فأطلق أبو الخطاب ، وغيره : وجوب الشفعة . وكذا قال القاضى وغيره .

ثم قال فى المستوعب ، والتلخيص : يأخذ بقيمة الخمر ، كما لو أتلف على ذمى خمراً .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِى ، إلاّ أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وعليه الأصحاب .

لكن لو أقام كل واحد – من الشفيع والمشترى – بينة بثمنه . فقال القاضى ، وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ، وصاحب المستوعب : تقدم بينة الشفيع .

قال الحارثى : و يقتضيه إطلاق الخرقى ، والمصنف هنا . وجزم به فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمستوعب ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

وقيل : تتعارضان . وهو احتمال فى المغنى . وقدمه ابن رزين فى شرحه .

وقيل : باستعمالهما بالقرعة . وأطلقهن فى الفروع .

ووجه الحارثى قولا : أن القول قول المشترى . لأنه قال : قول الأصحاب هنا مخالف لما قالوه فى بينة البائع والمشترى ، حيث قدموا بينة البائع . لأنه مدع بزيادة . وهذا بعينه موجود فى المشترى هنا . فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك . انتهى .

فوائد

إحداها : لو قال المشترى : لاأعلم قدر الثمن . فالقول قوله . ذكره الأصحاب : القاضى وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

قال القاضى ، وابن عقيل : فيحلف أنه لا يعلم قدره . لأن ذلك وفق الجواب . وإذن لا شفعة . لأنها لا تستحق بدون البدل ، و إيجاب البدل متعذر للجهالة .

ولو ادعى المشترى جهل قيمة العرض : فكدعوى جهل الثمن . ذكره المصنف وغيره .

وتقدم التنبيه على ذلك بعد ذكر الحيل أول الباب .

الثانية : لو قال البائع : الثمن ثلاثة آلاف . وقال المشترى : ألفان . وقال الشفيع : ألف ، وأقاموا البينة . فالبينة للبائع . على ما تقدم ، لدعوى الزيادة .

الثالثة : لو كان الثمن عرضا . واختلف الشفيع والمشترى فى قيمته . فإن وُجِدَ

قوِّم . وإن تعذر : فالقول قول المشترى مع يمينه . قاله المصنف وغيره .

وإن أقاما بينة بقيمته . قال الحارثى : فالأظهر التعارض . ويحتمل تقديم بينة الشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِى : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ ، وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيِّنَةً : أَنَّه بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ ، فَلِلشَّفِيعِ أَخذُهُ بِالأَلْفِ ﴾ بلا نزاع .

﴿ فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِى : غَلِطْتُ ﴾ أَوْ نَسِيتُ ، أَوْ كَذَبْتُ ﴿ فَهَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : يقبل قوله .

قال القاضى : قياس المذهب عندى : يقبل قوله ، كما لو أخبر فى المرابحة ، ثم قال : غلطت ، بل هنا أولى . لأنه قد قامت بينة بكذبه .

قال الحارثى : هذا الأقوى .

قال فى الهداية ــ لما أطلق الوجهين ــ بناء على المخبر فى المرابحة . إذا قال « غلطت » .

وقد تقدم أن أكثر الأصحاب قبلوا قوله فى ادِّعائه غلطاً فى المرابحة .

وصححه هنا فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لا يقبل . قدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى الكافى . واختاره ابن عقيل .

وهذا المذهب على ما اصطلحناه .

ونقل أبو طالب فى المرابحة : إن كان البائع معروفاً بالصدق : قُبل قوله ، وإلا فلا .

قال الحارثى : فيخرج مثله هنا .

وقال : ومن الأصحاب من أبى الإلحاق بمسألة المرابحة .

قال ابن عقيل : عندى أن دعواه لا تقبل . لأن مذهبنا أن الذرائع محسومة وهذا فتح لباب الاستدراك لكل قول يوجب حقاً .

ثم فرق بأن المرابحة كان فيها أميناً ، حيث رجع إليه فى الإجبار بالثمن ، وليس المشترى[1] أميناً للشفيع ، وإنما هو خصمه . فافترقا .

وقال فى الرعاية الكبرى : وقيل يتحالفان ، ويفسخ البيع ، ويأخذه بما حلف عليه البائع لا المشترى .

قوله ﴿ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بِأَلْفٍ . فَقَالَ : بَلْ اتَّهَبْتُهُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ بلا نزاع .

فإن نكل عنها ، أو قامت للشفيع بينة : فله أخذه . ويقال للمشترى : إما أن تقبل الثمن ، وإما أن تبرئ منه .

اعلم أنه إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء دعوى محررة بأنه اشترى نصيبه فله أخذه بالشفعة ، وأنكر الشريك ، وقال : إنما اتهبته ، أو ورثته . فالقول قوله مع يمينه .

فإن نكل عن اليمين ، أو قامت بينة للشفيع بالشراء : فللشفيع أخذه ودفع الثمن إليه .

فإن قال : لا أستحقه . فجزم المصنف هنا ، أن يقال للمشترى : إما أن تقبل الثمن ، وإما أن تبرئ منه ، كالمكاتب إذا جاء بالنجم قبل وقته . وهذا أحد الوجوه اختاره القاضى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، على ما يأتى قريباً .

وقيل : يبقى فى يد الشفيع إلى أن يدعيه المشترى فيدفعه إليه .

---

(١) هنا خرم فى نسخة المصنف مقدار ثلاث ورقات .

قال المصنف ، والشارح : وهذا أولى .

قال الحارثى : ونقل غيره أنه المذهب .

وقيل : يأخذه الحاكم يحفظه لصاحبه ، إلى أن يدعيه . فمتى ادعاه المشترى دفع إليه . وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . وأطلق الأخيرتين فى التلخيص .

تنبيه : محل الخلاف عند المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم : حيث أصر على الهبة أو الإرث . وقامت بينة بالشراء .

ومحل الخلاف عند صاحب الرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، وتذكرة ابن عبدوس ـ على قول القاضى ـ فقطع هؤلاء بأن يقال : إما أن تقبل الثمن أو تبرئ . فإن أبى من ذلك ، فيأتى الخلاف . وهو أنه هل يكون عند الشفيع أو الحاكم ؟

فقدم فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم : أنه يكون عند الشفيع .

وقطع ابن عبدوس : أنه يكون عند الحاكم يحفظه له .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ عِوَضًا فِى الْخُلْعِ ، أَوِ النِّكَاحِ ، أَوْ عَنْ دَمِ الْعَمْدُ ﴾ .

فقال القاضى : يأخذه بقيمته .

قال القاضى ، وابن عقيل : قياس قول ابن حامد : الأخذ بقيمة الشقص . وهو الصحيح . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الفائق . وصححه فى النظم . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير وقطع به فى الهداية .

وقال غيره : يأخذه بالدية ومهر المثل . اختارها ابن حامد . حكاه عنه الشريف أبو جعفر ، وغيره .

ومقتضى قول المصنف : أن غير القاضى من الأصحاب قال ذلك . وفيه نظر .

وأطلقهما فى المحرر ، والفروع ، والزركشى .

تنبيه :هذا الخلاف مفرع على القول بثبوت الشفعة فى ذلك . وهو قول ابن حامد ، وجماعة . على ماتقدم فى أول الباب .

وتقدم التنبيه أيضاً على الخلاف هناك .

وأما على الصحيح من المذهب : فلا يأتى الخلاف .

فائدة : تقويم الشقص ، أو تقويم مقابله على كلا الوجهين : معتبر فى المهر بيوم النكاح . وفى الخلع بيوم البينونة .

وإن كان متعة فى طلاق . فعلى الأول : يأخذ بقيمته . وعلى الثانى : يأخذ بمهر المثل . قاله المصنف ، والشارح ، كما فى الخلع به .

قال الحارثى : ويحتمل أن يأخذ بمتعة مثلها . قال : وهو الأقرب .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ فِى بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ﴾ .

نص عليه . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد فى الفائدة الرابعة : وأما الشفعة فلا تثبت فى مدة الخيار على الروايتين ، عند أكثر الأصحاب . ونص عليه فى رواية حنبل .

فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر .

وعلل القاضى فى خلافه بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار . ولذلك لم تجز المطالبة فى مدته .

فعلى هذا : لو كان الخيار للمشترى وحده : ثبتت الشفعة . انتهى .

ويحتمل أن تجب مطلقاً . وهو تخريج لأبى الخطاب . يعنى إذا قلنا بانتقال الملك .

وقيل : تجب فى خيار الشرط ، إذا كان الخيار للمشترى . وهو مقتضى تعليل القاضى فى خلافه . كما قاله فى الفوائد عنه .

وتقدم ذلك فى الخيار فى البيع بعد قوله « وينتقل الملك إلى المشترى بنفس العقد » .

فائدة : حكم خيار المجلس : حكم خيار الشرط . قاله فى الفروع وغيره .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ البَائِعُ بِالبَيْعِ ، وَأَنكَرَ المشْتَرِى . فَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق .

أحدهما : تجب . وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، ونصره المصنف ، والشارح . واختاره القاضى ، وابنه ، وابن عقيل ، وابن بكروس . واختاره أبو الخطاب ، وابن الزاغونى .

وقال فى المستوعب : هذا قياس المذهب . ذكره شيوخنا الأوائل .

قال : ولأن أصحابنا قالوا : إذا اختلف البائع والمشترى فى الثمن . تحالفا وفسخ البيع ، وأخذه الشفيع بما حلف عليه البائع .

فأثبتوا له الشفعة مع بطلان البيع فى حق المشترى . انتهى .

وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

والوجه الثانى : لا تجب . اختاره الشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ـ

قال فى التلخيص : اختاره جماعة من الأصحاب .

قال الحارثى : وهذا أقوى .

فعلى المذهب : يقبض الشفيع من البائع .

وأما الثمن : فلا يخلو ، إما أن يقر البائع بقبضه أولا . فإن لم يقر بقبضه . فإنه يسلم إلى البائع والعهدة عليه . ولا عهدة على المشترى . قاله الأصحاب . منهم

القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول ، والمصنف في المغني ، والشارح ، وصاحب المحرر ، والفروع ، والوجيز ، والزركشي ، وغيرهم .

قال الحارثي : وهذا يقتضي تلقي الملك عنه . وهو مشكل .

وكذلك أخذ البائع للثمن مشكل . لاعترافه بعدم استحقاقه عليه .

ثم قال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : ليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ، ليثبت البيع في حقه وتجب العهدة عليه . لأن مقصود البائع : الثمن ، وقد حصل من الشفيع . ومقصود الشفيع : أخذ الشقص وضمان العهدة . وقد حصلا من البائع . فلا فائدة في المحاكمة . انتهى .

وقد حكى في التلخيص وجهاً بأن يدفع إلى نائب ينصبه الحاكم عن المشتري

قال : وهو مشكل . لأن إقامة نائب عن مُنْكِرٍ : بعيد .

وإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري وبقي الثمن على الشفيع . لايدعيه أحد : ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : يقال للمشتري : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرئ منه ، قياساً على نجوم الكتابة إذا قال السيد : هي غصب . اختاره القاضي ، وابن عقيل . وجزم به في النظم .

والوجه الثاني : يبقى في ذمة الشفيع . قدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير

والوجه الثالث : يأخذه الحاكم عنه . وهي كالمسألة التي قبلها حكما وخلافاً . وأطلقهن في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : وفي جميع ذلك ، متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه . لأنه لأحدهما .

قال الحارثي : وفيه نظر وبحث .

وإن ادعياه جميعاً ، وأقر المشتري بالبيع ، وأنكر البائع القبض : فهو للمشتري .

فائدة : قوله ﴿ وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِى . وَعُهْدَةُ الْمُشْتَرِى عَلَى الْبَائِعِ ﴾ وهذا بلا نزاع .

لكن يستثنى من ذلك : إذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر المشترى ــ وقلنا بثبوت الشفعة ــ على ماتقدم . فإن العهدة على البائع . لحصول الملك له من جهته . قاله الزركشى . وهو واضح .

و « العهدة » فُعلة من العهد . وهى فى الأصل كتاب الشراء .

وتقدم الكلام على ضمان العهدة ، وعلى معناها فى باب الضمان .

والمراد هنا : رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرش ، عند استحقاق الشقص أو عيبه . فيكون وثيقة للبيع لازمة للمتلقى عنه . فيكون عهدة بهذا الاعتبار .

فلو علم المشترى العيب عند البيع ، ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ : فلا شىء للمشترى . وللشفيع الرد والأخذ بالأرش . على الصحيح من المذهب .

وذكر المصنف وجهاً بانتفاء الأرش .

وإن علمه الشفيع ، ولم يعلمه المشترى : فلا رد لواحد منهما ولا أرش . قدمه الحارثى .

وفى الشرح وجه بأن المشترى يأخذ الأرش . وهو ماقال القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى .

فعليه : إن أخذه سقط عن الشفيع ماقابله من الثمن ، تحقيقاً لمماثلة الثمن الذى استقر العقد عليه .

وإن علماه فلا رد لواحد منهما . ولا أرش .

وفى صورة عدم علمهما : إن لم يرد الشفيع فلا رد للمشترى . وإن أخذ الشفيع أرشه من المشترى : أخذه المشترى من البائع . وإن لم يأخذه الشفيع : ففى أخذ المشترى الوجهان .

وعلى الوجه بالأخذ : إن لم يسقطه الشفيع عن المشترى سقط عنه بقدره من الثمن ، و إن أسقطه توفر على المشترى .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى المشْتَرِى قَبْضَ المبِيعِ : أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، وابنه أبو الحسين ، والشريفان ـ أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى ـ والقاضى يعقوب ، والشيرازى ، وأبو الحسن بن بكروس وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وشرح ابن منجا .

وقال أبو الخطاب فى الهداية : قياس المذهب : أن يأخذه الشفيع من يد البائع واختاره المصنف ، وقال : هو قياس المذهب .

قال الحارثى : وهو الأصح . لأن الأصح ، أو المشهور : لزوم العقد فى بيع العقار قبل قبضه ، وجواز التصرف فيه بنفس العقد والدخول فى ضمانه به . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

قوله ﴿ وَلاَ شُفْعَةَ لِـكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ﴾ .

نص عليه من وجوه كثيرة . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : له الشفعة . ذكره ناظم المفردات .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : ثبوت الشفعة لـكافر على كافر ، وسواء كان البائع مسلماً أو كافراً . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى وغيرهما .

قال فى التلخيص : هذا قياس المذهب .

وقيل : لا شفعة له إذا كان البائع مسلماً .

وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية .

ومفهوم كلامه أيضاً : ثبوتها للمسلم على الكافر . وهو من باب أولى .

فائدة : لو تبايع كافران بخمر ، وأخذ الشفيع بذلك : لم ينقض مافعلوه .

وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع ، وترافعوا إلينا : فلاشفعة له على الصحيح من المذهب ، كما لو تبايعا بخنزير . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو الخطاب : إن تبايعوا بخمر ـ وقلنا هى مال لهم ـ حكمنا لهم بالشفعة .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك قبل قوله « وإن اختلفا فى قدر الثمن » .

قوله ﴿ وَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَى الْمضَارِبِ فِيما يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارَبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداهما : هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ، أم لا ؟

مثال ذلك : أن يكون للمضارب شقص فيما تجب فيه الشفعة ، ثم يشترى من مال المضاربة شقصاً من شركة المضارب . فهل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة ؟

أطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما تخريجاً فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

واعلم أن فى محل الخلاف طريقتين للأصحاب .

إحداهما : أنهما جاريين ، سواء ظهر ربح أم لا ، وسواء قلنا يملك المضارب حصته بالظهور أم لا . وهى طريقة أبى الخطاب فى الهداية ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمصنف هنا وغيرهم . وقدمها الحارثى

أحدهما : لا تجب الشفعة له . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى الخلاصة ، والتصحيح . واختاره أبو الخطاب فى رءوس المسائل ، وأبو المعالى فى النهاية .

والوجه الثانى : تجب . خرجه أبو الخطاب من وجوب الزكاة عليه فى حصته

قال الحارثى : وهو الأولى .

قال ابن رجب فى القواعد ـ بعد تخريج أبى الخطاب ـ فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ولابد . انتهى .

الطريق الثانى ـ وهى طريقة المصنف ، والشارح ، والناظم ، وجماعة ـ إن لم يظهر ربح فى المال ، أو كان فيه ربح ـ وقلنا : لا يملكه بالظهور ـ فله الأخذ بالشفعة . لأن الملك لغيره . فكذا الأخذ منه .

وإن كان فيه ربح ـ وقلنا يملكه بالظهور ـ ففى وجوب الشفعة له وجهان . بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح ، على ماسبق فى المضاربة بعد قوله « وليس لرب المال أن يشترى من مال المضاربة شيئاً » .

وصحح هذه الطريقة فى الفروع . وقدم عدم الأخذ . ذكر ذلك فى باب المضاربة .

المسألة الثانية : هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب ، فيما يشتريه للمضاربة ؟

مثاله : أن يشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً فى شركة رب المال .

فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص وشرح ابن منجا ، والحارثى .

أحدهما : لا تجب الشفعة . وهو الصحيح من المذهب . صححه أبو المعالى فى نهايته ، وخلاصته ، والناظم ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم .

قال الحارثى : اختاره القاضى ، وأبو الخطاب . وقدمه فى الفروع . ذكره فى المضاربة .

والوجه الثانى : تجب فيه الشفعة . اختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

و بنى المصنفُ ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم هذين الوجهين على الروايتين فى شراء رب المال من مال المضاربة .

وتقدم الخلاف فى ذلك ، وأن الصحيح من المذهب : أنه لا يصح ، فى باب المضاربة .

فوائد

إحداها : لو بيع شقص من شركة مال المضاربة . فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها . فإن تركها : فلرب المال الأخذ . لأن مال المضاربة ملكه . ولا ينفذ عفو العامل .

ولو كان العقار لثلاثة ، فقارض أحدهم أحد شريكيه بألف ، فاشترى به نصف نصيب الثالث . فلا شفعة فيه فى أحد الوجهين . لأن أحدهما مالك المال . والآخر عامل فيه . فهما كشريكين فى مشاع ، لا يستحق أحدهما على الآخر شفعة . ذكره فى المغنى ، والشرح ، والحارثى .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الآخر : فيه الشفعة .

قالوا : ولو باع الثالث بقية نصيبه لأجنبي : ثبتت الشفعة بينهم أخماساً . للمالك خمساها . وللعامل مثله . ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذى له ، جعلا لمال المضاربة كشريك آخر .

الثانية : لو باع المضارب من مال المضاربة شقصاً فى شركة نفسه : لم يأخذ بالشفعة . لأنه متهم ، فأشبه الشراء من نفسه . ذكره المصنف ، وغيره .

الثالثة : تثبت الشفعة للسيد على مكاتبه . ذكره القاضى ، والمصنف ، وغيرهما لأن السيد لا يملك ما فى يده ، ولا يزكيه . ولهذا جاز أن يشترى منه .

وأما العبد المأذون له : فإن كان لا دين عليه ، فلا شفعة بحال لسيده . وإن

كان عليه دين . فالشفعة عليه تنبنى على جواز الشراء منه . على ما تقدم فى أواخر الحجر . والله أعلم بالصواب .

وتقدم أخذ المكاتب والعبد المأذون له بالشفعة قبل قوله « فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما » .

باب الوديعة

فائدة « الوديعة » عبارة عن توكل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف . قاله فى الفائق .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهى عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه .

وقال فى الكبرى : والإيداع توكيل ، أو استنابة فى حفظ مال زيد تبرعاً ، ومعانيها متقاربة .

ويعتبر لها أركان الوكالة . وتبطل بمبطلاتها .

ولو عزل نفسه فهى بعده أمانة شرعية . حكمها فى يده حكم الثوب إذا أطارته الريح إلى داره ، يجب رده إلى مالكه .

وقال القاضى فى موضع من خلافه ، فى مسألة الوكالة : الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول . وإنما تنفسخ بالرد إلى صاحبها ، أو بأن يتعدى المودع فيها .

قال فى القاعدة الثانية والستين : فإما أن يكون هذا تفريقاً بين فسخ المودع والمودَع . أو يكون منه اختلافاً فى المسألة . والأول : أشبه . انتهى .

وقال فى الرعاية : إن بطل حكم الوديعة : بقى المال فى يده أمانة . فإن تلف قبل التمكن من رده : فهدر . وإن تلف بعده : فوجهان .

وقال أيضاً : يكفى القبض . قولاً واحداً . وقيل : لا .

قوله « وَإِنْ تَلِفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ : لَمْ يَضْمَنْ . فِى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ » .

يعنى : إذا لم يتعد . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : هذا اختيار أكثر الأصحاب . وصرح المصنف فى آخرين : أنه أصح .

قال القاضى : هذا أصح .

قال الزركشى : هذا المذهب .

قال فى الكافى : هذا أظهر الروايتين . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى[(١)] ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، وغيرهم .

والرواية الثانية : يضمن . نص عليها .

قال الزركشى : ينبغى أن يكون محل الرواية : إذا ادعى التلف . أما إن ثبت التلف : فإنه ينبغى انتفاء الضمان . رواية واحدة .

فائدة : لو تلفت مع ماله من غير تفريط : فلا ضمان عليه . بلا نزاع فى المذهب . وقد تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله بذلك .

وإن تلفت بتعديه . وتفريطه : ضمن بلا خلاف .

قوله ﴿ وَيَلْزَمُهُ حِفْظُهَا فِى حِرْزِ مِثْلِهَا ﴾ .

يعنى : عرفاً . كالحرز فى السرقة . على ما يأتى إن شاء الله تعالى . هذا إذا لم يعين له صاحبها حرزاً .

قوله ﴿ فَإِنْ عَيَّنَ صَاحِبُهَا حِرْزًا ، فَجَعَلَهَا فِى دُونِهِ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . أعنى : سواء ردها إلى حرزها الذى عينه له أو لا .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم من الأصحاب .

وقيل : إن ردها إلى حرزها الذى عينه له ، فتلفت : لم يضمن . حكاه فى الفروع .

---

(١) انتهى إلى هنا الخرم من نسخة المصنف .

قال فى الرعاية الـكبرى : فإن عين ربها حرزاً . فأحرزها بدونه : ضمن .
قلت : ولم يردها إلى حرزه . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَحْرَزَهَا بِمِثْلِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز ، والـكافى ، وغيرهما . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب فى المسألة الأولى .

وقدمه فيهما فى الفروع ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وجزم به فى الثانية فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

وقيل : يضمن فيهما ، إلا أن يفعله لحاجة . ذكره الآمدى ، وأبو حكيم . وهو رواية فى التبصرة .

قال المصنف : وهو ظاهر كلام الخرقى . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب . وجزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر .

وقيل : يضمن إن أحرزها بمثله . ولا يضمن إن أحرزها بأعلى منه . ذكره أبو الخطاب ، وغيره .

وقال فى الرعاية الـكبرى : وهو أقيس . وأطلقهن فيهما .

تنبيه : قال الحارثي : لا فرق ــ فيما ذكر ــ بين الجعل أولا فى غير المعين ، وبين النقل إليه .

قال فى التلخيص : وأصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل ، وبين تلفها بغيره .
وعندى : إذا حصل التلف بسبب النقل ، كانهدام البيت المنقول إليه : ضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ نَهَاهُ عَنْ إِخْرَاجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا لِغِشْيَانِ شَيْءٍ الغَالِبُ فِيهِ التَّوَى : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ولا أعلم فيه خلافا .

لـكن إذا أخرجها فلا يحرزها إلا فى حرز مثلها أو فوقه . فإن تعذر — والحالة هذه ، ونقل إلى أدنى — فلا ضمان . ذكره المصنف فى المغنى . واقتصر عليه الحارثى . لأنه إذن أحفظ . وليس فى الوسع سواه .

قلت : فيعايى بها .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَهَا فَتَلِفَتْ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب . لأنه يلزمه إخراجها . والحالة هذه .

قال فى الكافى : هذا المذهب .

قال الحارثى : هذا أصح .

قال فى الفروع : لزمه إخراجها فى الأصح .

قال فى الفائق : ضمن فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والرعاية الـكبرى وغيرهم .

وقيل : لا يضمن . لأنه امتثل أمر ربها .

فائدة : لو تعذر الأمثل والمماثل — والحالة هذه — فلا ضمان . ذكره المصنف فى المغنى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَهَا لِغَيْرِ خَوْفٍ : ضَمِنْ ﴾

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الفروع : ويحرم إخراجها لغير خوف فى الأصح . وجزم به فى الوجيز وشرح الحارثى ، وغيرهما . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وقيل : لا يضمن . اختاره القاضى . قاله فى المغنى ، والشرح .

قوله ﴿ وَإِن قَالَ : لَا تُخْرِجْهَا ، وَإِنْ خِفْتَ عَلَيْهَا . فَأَخْرَجَهَا عِنْدَ الْخَوْفِ ، أَوْ تَرَكَهَا : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وشرح الحارثى ، والوجيز ، والفائق ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إن وافقه أو خالفه ضمن .

قلت : وهو ضعيف جداً .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه لو أخرجها من غير خوف : أنه يضمن . وهو صحيح . صرح به الأصحاب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ بَهِيمَةً ، فَلَمْ يَعْلِفْهَا حَتَّى مَاتَتْ : ضَمِنَ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : لايضمنها . وهو احتمال فى المغنى .

قلت : لكن يحرم ترك علفها ، و يأثم حتى ولو قال له : لاتعلفها ، على ما يأتى .

فوائد

منها : لو أمره بعلفها : لزمه ذلك مطلقاً ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لايلزمه إلا مع قبوله . وهو احتمال فى المغنى .

ومنها : لو نهاه عن علفها : انتفى وجوب الضمان بالنسبة إلى حظ المالك .

وأما بالنسبة إلى الحرمة : فلا أثر لنهيه . والوجوب باق بحاله .

قال فى الحاوى الصغير : ويقوى عندى أنه يضمن .

ومنها : إن كان إنفاقه عليها بإذن ربها : فلا كلام . و إن تعذر إذنه ، فأنفق بإذن حاكم : رجع به . و إن كان بغير إذنه ، فإن كان مع تعذره ، وأشهد على الإنفاق : فله الرجوع .

قال الحارثى : رواية واحدة . حكاه الأصحاب .

وإن كان مع إمكان إذن الحاكم ، ولم يستأذنه ، بل نوى الرجوع فقط : لم يرجع . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع هنا . وهو ظاهر ماجزم به فى المحرر فى باب الرهن ، والمنور .

وقيل : يرجع . جزم به فى المنتخب . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وصححه الحارثى ، وصاحب الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى .

وظاهر الفروع فى باب الرهن : إطلاق الخلاف .

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : إذا أنفق المودع على الحيوان المستودع ناوياً للرجوع . فإن تعذر استئذان مالكه : رجع ، وإن لم يتعذر : فطريقتان .

إحداهما : أنه على الروايتين فى قضاء الدين وأولى . لأن للحيوان حرمة فى نفسه توجب تقديمه على قضاء الدين أحيانا . وهى طريقة صاحب المغنى .

والثانية : لايرجع . قولا واحداً . وهى طريقة صاحب المحرر ، متابعة لأبى الخطاب . انتهى .

وهذه الطريقة : هى المذهب . وهى طريقة صاحب التلخيص ، والفروع ، والوجيز ، وغيرهم .

وتقدم حكم المسألة فى كلام المصنف فى باب الرهن أيضاً .

ومنها : لو خيف على الثوب العُثُّ : وجب عليه نشره . فإن لم يفعل وتلف ضمن .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : اتْرُكْهَا فِى كُمِّكَ ، فَتَرَكَهَا فِى جَيْبِهِ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

ويتخرج على الوجه المتقدم بالضمان بالإحراز فيما فوق العين : وجوب الضمان هنا . قاله الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَهَا فِي يَدِهِ احْتُمِلَ وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والهادى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والفائق .

إحداهما : لا يضمن .

قال الحارثي : وهو الأظهر عند القاضى ، وابن عقيل . وجزم به فى الوجيز .

والثانى : يضمن ، وهو الصحيح . صححه فى التصحيح . وقدمه فى الكافى .

قال الحارثي : وإليه ميل المصنف فى كتابيه . وقدمه فى إدراك الغاية .

وفى التلخيص وجه ثالث : إن تلفت بأخذ غاصب : لم يضمن . لأن اليد بالنسبة إليه أحرز .

وإن تلفت لنوم أو نسيان : ضمن . لأنها لو كانت فى الكم مربوطة لما ذهبت .

فوائد

الأولى : وكذلك الحكم ، والخلاف لو قال : اتركها فى يدك . فتركها فى كمه قال فى الفروع ، وغيره . وقال القاضى : اليد أحرز عند المغالبة . والكم أحرز عند عدم المغالبة .

فعلى هذا : إن أمره بتركها فى يده ، فشدها فى كمه فى غير حال المغالبة : فلا ضمان عليه . وإن فعل ذلك عند المغالبة : ضمن .

الثانية : لو جاءه إلى السوق وأمره بحفظها فى بيته ، فتركها عنده إلى مضيه إلى منزله : ضمن .

جزم به فى المستوعب ، والتلخيص . وغيرهما . وقدمه فى الفروع وغيره .

قال الحارثي : فقال الأصحاب : يضمن مطلقاً .

وقيل : لايضمن والحالة هذه . وهو احتمال فى المغنى ، ومال إليه .

قال الحارثي : وهذا الصحيح إن شاء الله تعالى .

قال فى الفروع : وهو الأظهر .

قلت : وهو الصواب .

الثالثة : لو دفعها إليه ، وأطلق ولم يعين موضعاً ، فتركها بجيبه أو يده ، أو شدَّها فى كمه ، أو ترك فى كمه ثقلا بلا شد ، أو تركها فى وسطه وشد عليها سراويله : لم يضمن . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثي . وكذا لو شدها على عضده . وهذا المذهب فى ذلك كله . قدمه فى الفروع .

قال القاضى : إن شدها على عضده من جانب الجيب : لم يضمنها . وإن شدها من الجانب الآخر : ضمن .

وقال ابن عقيل ، فى الفصول : إن تركها فى جيب أو كم : ضمن ، على الرواية التى تقول : إن الطَّرَّارَ لايقطع .

وقال أيضاً : إن تركه فى رأسه ، أو غرزه فى عمامته ، أو تحت قلنسوته : احتمل أنه حرز مثله .

الرابعة : إذا استودعه خاتما ، وقال : اجعله فى الخنصر . فلبسه فى البنصر : فلا ضمان . ذكره الأصحاب : القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . لأنها أغلظ ، فهى أحرز .

وفيه الوجه المخرج المتقدم .

لكن إن انكسر — لغلظها — ضمن ذكره الأصحاب أيضاً .

وإن قال : اجعله فى البنصر . فجعله فى الخنصر : ضمن . ذكره القاضى ، وابن عقيل . واقتصر عليه الحارثى أيضاً .

و إن جعله فى الوسطى ، وأمكن إدخاله فى جميعها : لم يضمن . ذكره فى الكافى . واقتصر عليه الحارثى أيضاً .

و إن لم يدخل فى جميعها . فجعله فى بعضها : ضمن . لأنه أدنى من المأمور به .

الخامسة : لو قال : احفظها فى هذا البيت ، ولا تدخله أحداً . فخالف وتلفت بحرق أو غرق أو سرقة ، غير الداخل . ففى الضمان وجهان .

أحدهما : لايضمن . اختاره القاضى .

والثانى : يضمن . اختاره ابن عقيل ، والمصنف . ومال إليه الشارح .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَ الوَدِيعَةَ إِلَى مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ ، كَزَوْجَتِهِ ، وَعَبْدِهِ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

وكذا خادمه . وهذا المذهب بلاريب . ونص عليه . وعليه جماهير الأصحاب وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية ، والفروع ، والفائق ، والحارثى . ونصره ، وغيرهم .

وقيل : يضمن . ذكره ابن أبى موسى .

قال الحارثى : وأورده السامرى عن ابن أبى موسى وجهاً . ولم أجده فى الإرشاد .

فوائد

منها : ألحق فى الروضة : الولد ونحوه بالزوجة والعبد .

قلت : إن كان ممن يحفظ ماله : فلا إشكال فى إدخاله ، و إلا فلا فى الجميع . حتى الزوجة والعبد والخادم . فلا حاجة إلى الإلحاق . وكذلك قال الحارثى .

وقوله « إلى من يحفظ ماله ، كزوجته ، وعبده » اعتبار لوجود وصف الحفظ لماله فيمن ذكر ، على ماتقدم . فإن لم يوجد : ضمن ، إذا دفع إليه . وهو كما قال . انتهى .

ومنها : لو رد الوديعة إلى من جرت العادة بأن يحفظ مال المودع ـ بكسر الدال ـ كزوجته ، وأمته ، وعبده ، فتلفت : لم يضمن . نص عليه .

وقيل : يضمن . حكاه ابن أبى موسى وجهاً .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وتقدم نظير ذلك فى العارية .

ومنها : لو دفعها إلى الشريك : ضمن ، كالأجنبى المحض .

ومنها : له الاستعانة بالأجانب فى الحمل والنقل . وسقى الدابة وعلفها . ذكره المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى أَجْنَبِيٍّ ، أَوْ حَاكِمٍ : ضَمِنَ . وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ مُطَالَبَةُ الأَجْنَبِيِّ . وَقَالَ القَاضِي : لَهُ ذَلِكَ ﴾ .

إذا أودع المودع ـ بفتح الدال ـ الوديعة لأجنبي ، أو حاكم . فلا يخلو : فإما أن يكون لعذر ، أو غيره . فإن كان لعذر : جاز . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب فى الجملة .

وقال فى الفروع : ويتوجه تخريج رواية من توكيل الوكيل : له الإيداع بلا عذر . وإن كان لغير عذر : لم يجز . ويضمن . على الصحيح من المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : يجوز إيداعها للحاكم ، مع الإقامة وعدم العذر .

وتقدم تخريجه فى الفروع . فهو أعم .

فعلى المذهب : إن كان الثانى عالماً بالحال : استقر الضمان عليه . وللمالك مطالبته ، بلا نزاع . وإن كان جاهلا : لم يلزمه .

وقدم المصنف هنا : أنه ليس له مطالبته ، أى تضمينه . وهو اختيار القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وقالا : إنه ظاهر كلامه .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : ليس للمالك مطالبة الأجنبى ، على

المنصوص . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله .

قال فى التلخيص : وهو ضعيف .

وقال القاضى : له ذلك . يعنى مطالبته .

قال فى المغنى: ويحتمل أن له تضمين الثانى أيضاً . لكن يستقر الضمان على الأول . وهو رواية فى التعليق الكبير ، ورءوس المسائل . وهذا المذهب .

قال فى التعليق : هذا المذهب . واختاره المصنف فى المغنى .

قال الشارح : وهذا القول أقرب إلى الصواب .

قال الحارثى : اختاره أبو الخطاب ، وعامة الأصحاب . وهو الصحيح . انتهى . وقدمه فى التلخيص ، والمحرر ، والفروع .

فقال فى الفروع : وإن أودعها بلا عذر : ضمنا . وقراره عليه . فإن علم الثانى فعليه .

وعنه : لايضمن الثانى إن جهل . اختاره شيخنا ، كمرتهن فى وجه . واختاره شيخنا . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ أَرَادَ سَفَرًا ، أَوْ خَافَ عَلَيْهَا عِنْدَهُ : رَدَّهَا إِلَى مَالِكِهَا﴾

وكذا إلى وكيله فى قبضها ، إن كان .

﴿ فإنْ لَمْ يَجِدْه : حَمَلَهَا مَعَهُ ، إنْ كَانَ أَحْفَظْ لَهَا ﴾ .

مراده : إذا لم ينهه عن حملها معه .

اعلم أنه إذا أراد سفراً . وكان مالكها غائباً ووكيله . فله السفر بها . إن كان أحفظ لها ، ولم ينهه عن حملها .

وإن كان حاضراً أو وكيله فى قبضها . فظاهر كلام المصنف هنا : أنه لايحملها إلا بإذن . فإن فعل ضمن . وهو أحد الوجهين .

قال فى المغنى : ويقوى عندى أنه متى سافر بهـا مع المقدرة على مالـكها أو نائبه بغير إذن : أنه مفرط عليه الضمان . انتهى .

قلت : وهو ظاهر كلامه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وهو الصواب

والوجه الثانى : له السفر بها إن كان أحفظ لها ولم ينهه عنها . وهو المذهب . نص عليه . واختاره القاضى ، وابن عقيل . وقدمه فى الفروع ، والمغنى ، والشرح ونصراه .

تنبيهان

أحدهما : ظاهر قوله « فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها » أن له السفر بشرطه ، ولا يضمن . وهو صحيح . وهو المذهب » وعليه جماهير الأصحاب .

وقال القاضى فى رءوس المسائل : إذا سافر بها ضمن .

الثانى : ظاهر كلام المصنف : أنه إذا استوى عنده الأمران فى الخوف مع الإقامة والسفر : أنه لا يحملها معه . وهو أحد الوجهين . وظاهر النص .

قلت : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو الصواب .

قال فى المبهج : لا يسافر بها إلا إذا كان الغالب السلامة .

والوجه الثانى : له حملها . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعايتين ، والنظم ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير .

فوائد

منها : جواز السفر بها مشروط بما إذا لم ينهه عن حملها معه . فإن نهاه امتنع . وضمن إن خالف . اللهم إلا أن يكون السفر بها لعذر ، كجلاء أهل البلد ، وهجوم عدو ، أو حرق أو غرق : فلا ضمان .

وهل يجب الضمان بالترك ؟ تقدم نظيره فى كلام المصنف ، وأن الصحيح : أنه يضمن إذا ترك فعل الأصلح ، والحالة هذه .

ومنها : لو أودع مسافراً فسافر بها وتلفت فى السفر : فلا ضمان عليه .

ومنها : لو هجم قطاع الطريق عليه . فألقى المتاع إخفاء له وضاع : فلا ضمان عليه .

ومنها : له الرجوع بما أنفق عليها بنية الرجوع . ذكره القاضى . وقدمه فى الفروع .

وقال : و يتوجه فيه كنظائره . و يلزمه مؤنته .

وفى مؤنة رد من بَعُد خلاف فى الانتصار قاله فى الفروع .

قوله ﴿ وَإلاّ دَفَعهَا إلَى الحَاكِم ﴾ .

يعنى إذا خاف عليها بحملها ، ولم يجد مالكها ولا وكيله . فالصحيح من المذهب : أنه يتعين عليه دفعها إلى الحاكم إن قدرعليه . قدمه فى المغنى ، والشرح وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعليه الأصحاب .

قال الزركشى : قطع به الأصحاب .

وقيل : يجوز دفعها إلى ثقة . حكاه المصنف فى المغنى . وذكره الحلوانى رواية .

قال فى الفائق : ولو خاف عليها : أودعها حاكما أو أميناً .

وقيل : لا تودع . انتهى .

قلت : الصواب هنا أن يراعى الأصلح فى دفعها إلى الحاكم ، أو الثقة . فإن استوى الأمر فالحاكم .

فائدة : الودائع التى جهل ملاكها يجوز التصرف فيها بدون حاكم . نص عليه وكذا إن فقد ولم يطلع على خبره ، وليس له ورثة : يتصدق بها . نص عليه ، ولم يعتبر حاكما .

ويحتمل أنه ليس له الصدقة بها إلا إذا تعذر إذن الحاكم . ذكره القاضي .

وتقدم نظير ذلك في الغصب ، وآخر الرهن .

ويلزم الحاكم قبول الودائع ، والغصوب ، ودين الغائب ، والمال الضائع . على الصحيح من المذهب .

قال في التلخيص : الأصح اللزوم في قبول الوديعة ، والغصوب ، والدين .

وقيل : لا يلزمه . وأطلقهما في الرعاية الكبرى ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ﴾

يعني إذا تعذر دفعها إلى الحاكم ﴿ أَوْدَعَهَا ثِقَةً ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب .

قال في الخلاصة ، والفروع : دفعها إلى ثقة . في الأصح . وجزم به في المحرر ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه في المغني ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم . واختاره القاضي ، وغيره .

وقيل : لا تودع لغير الحاكم . وقطع به أبو الخطاب في رءوس المسائل .

قال القاضي ، وابن عقيل : ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله : أنه لا يجوز الدفع إلى غير الحاكم لعذر أو غير عذر .

ثم أوّلا ذلك على الدفع لغير حاجة ، أو مع القدرة على الحاكم .

قال الحارثي : وفيه نظر ، بل النص صريح في ذلك . وذكره .

وقيل : لا تودع مطلقاً . ونقله الأثرم نصاً .

قال في الرعاية : ونصه منعه . وهو ظاهر ما قدمه في الهداية ، والمستوعب . وقدمه في المذهب .

وقال في النوادر : وأطلق الإمام أحمد رحمه الله الإيداع عند غيره لخوفه عليها . وحمله القاضي على المقيم لا المسافر .

فائدة : حكم من حضره الموت حكم من أراد سفراً ، على ماتقدم من أحكامه إلا فى أخذها معه .

قوله ﴿ أَوْ دَفنَهَا وَأَعْلَمَ بهَا ثقةً يَسْكُنُ تِلْكَ الدَّارَ ﴾ .

يعنى إذا تعذر دفعها إلى الحاكم : فهو بالخيرة بين دفعها إلى ثقة ، و بين دفنها و إعلام ثقة يسكن تلك الدار بها .

قال الحارثى : وقاله القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقطع به فى الشرح ، وشرح ابن منجا .

قال فى الفروع : و إن دفنها بمكان وأعلم بها ساكنه فكإيداعه .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق : ولو دفنها بمكان وأعلم الساكن ، فعلى وجهين . وقيل : إعلامه كإيداعه . انتهوا .

وأطلق فى ضمانها إذا دفنها وأعلم بها ثقة : وجهين فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف وغيره من الأصحاب : أنه إذا تبرم بالوديعة . فليس له الدفع إلى غير المودع أو وكيله ، سواء قدر عليهما أولا ، وسواء الحاكم وغيره . وهو كذلك . ونص على المنع من إيداع الغير . واختاره القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وقدمه الحارثى .

وقال فى الكافى : إن لم يجد المالك دفع إلى الحاكم . واختاره صاحب التلخيص .

قوله ﴿ وَإِنْ تعَدَّى فِيهَا ، فرَكِبَ الدَّابّةَ لِغَيْرِ نَفْعِهَا ، وَلَبِسَ الثّوْبَ وَأَخْرَجَ الدّرَاهِمَ لِيُنْفِقَهَا ﴾ أو لشهوة رؤيتها ﴿ ثُمَّ رَدَّهَا أو جَحَدَهَا ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ كَسَرَ خَتْمَ كِيسِهَا ﴾ . وكذا لو حله : ضمنها .

إذا تعدى فيها . ففعل ما ذكر غير جحودها . ثم إقراره بها . فالصحيح من

المذهب : أنه يضمنها ، وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقال فى الفائق : ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان .

وقيل : لا يضمن إذا أخرج الدراهم لينفقها ، أو لشهوة رؤيتها ، ثم ردها . اختاره ابن الزاغونى .

وعنه : لا يضمن إذا كسر ختم كيسها ، أو حلَّه .

فعلى المذهب : لا يعود عقد الوديعة بغير عقد متجدد .

وأما إذا جحدها ، ثم أقر بها ، فالصحيح من المذهب : أنه يضمنها من حيث الجملة . جزم به فى الفروع ، وغيره . وقدمه فى الفائق ، وغيره . وقال : ونقل البغوى ما يدل على نفى الضمان .

قوله ﴿ أَوْ خَلَطَهَا بِمَا لَا تَتَمَيَّزُ مِنْهُ : ضَمِنَهَا ﴾ .

وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى التلخيص : ومع عدم التمييز : يضمن . رواية واحدة . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقال : ظاهر نقل البغوى : لا يضمن . ولم يتأوله فى النوادر .

وذكره الحلوانى ظاهر كلام الخرقى .

وجزم به فى المنثور عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال : لأنه خلطه بماله .

وجزم به فى المبهج فى الوكيل . كوديعته فى أحد الوجهين .

قال الحارثى : وعن الإمام أحمد : لا يضمن بخلط النقود . ونقله عبد الله البغوى .

فعلى هذه الرواية : لو تلف بعض المختلط بغير عدوان . جعل التلف كله من ماله ، وجعل الباقى من الوديعة . نص عليه .

فائدة : لو اختلطت الوديعة بغير فعله ، ثم ضاع البعض : جعل من مال المودع في ظاهر كلامه . ذكره المجد في شرحه .

وذكر القاضي في الخلاف : أنهما يصيران شريكين .

قال المجد : ولا يبعد ـ على هذا ـ أن يكون الهالك منهما . ذكره في القاعدة الثانية والعشرين .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهَا بِمُتَمَيِّزٍ : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وعنه : يضمن . وحمله المصنف على نقصها بالخلط .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخَذَ دِرْهَماً ثُمَّ رَدَّهُ ، فَضَاعَ الْكُلُّ : ضَمِنَهُ وَحْدَهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به الخرقي ، وصاحب التعليق ، والفصول ، والمغني ، والكافي ، والمحرر ، والشرح ، والوجيز . وغيرهم .

وهو عجيب من الشارح . إذ الكتاب المشروح حكى الخلاف . لكنه تبع المغني . وصححه في الفروع وغيره .

وعنه : يضمن الجميع . وأطلقهما في التلخيص ، والفائق .

وقيل : يضمنه وحده ، إن لم يفتح الوديعة .

وقيل : لا يضمن شيئاً .

قوله ﴿ وَإِنْ رَدَّ بَدَلَهُ مُتَمَيِّزاً فَكَذَلِكَ ﴾ .

يعني : أن الحكم فيه كالحكم فيما إذا رد المأخوذ بعينه . جزم به في الفصول ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، وغيرهم .

وكذا الحكم لو أذن صاحبها له في الأخذ منها ، فأخذ ثم رد بدله بلا إذنه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ : ضَمِنَ الْجَمِيعَ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى المجرد ، والفصول ، والتلخيص ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ﴿ و يحتمل أن لا يضمن غيره ﴾ .

وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . وجزم به القاضى فى التعليق . وذكر أن الإمام أحمد نص عليه فى رواية الجماعة .

وحكى عنه من رواية الأثرم : أنه أنكر القول بتضمين الجميع ، وأنه قال : هو قول سوء .

وهذا ظاهر كلام الخرقى .

وقطع به ابن أبى موسى ، والقاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس ، وغيرهم . واختاره أبو بكر . وقدمه الحارثى فى شرحه . وقال : هو المذهب .

ومال إليه فى المغنى . وأطلق الروايتين فى المحرر .

فعلى الرواية الثانية : إن لم يدر أيهما ضاع : ضمن . نقله البغوى . وذكره جماعة . واقتصر عليه فى الفروع .

فائدة : لو كان الدرهم أو بدله غير متميز ، وتلف نصف المال . فقيل : يضمن نصف درهم . و يحتمل أن لا يلزمه شىء . لاحتمال بقاء الدرهم أو بدله . ولا يجب مع الشك . قاله الحارثى .

تنبيهات

الأول : قال الزركشى : إذا ردّ بدل ما أخذ . فللأصحاب فى ذلك طرق :

أحدها : لا يلزمه إلا مقدار ما أخذ . سواء كان البدل متميزاً أو غير متميز .

وهذا مقتضى كلام الخرقى . و به قطع القاضى فى التعليق . وذكر أن الإمام أحمد ـ رحمه الله ـ نص عليه فى رواية الجماعة .

وأنكر فى رواية الأثرم على من يقول بتضمين الجميع .

والطريق الثانى : إن تميز البدل ضمن قدر ما أخذ فقط ، وإن لم يتميز :

فعلى روايتين . وهى طريقة المصنف فى المغنى ، والكافى ، والمجد .

والطريق الثالث : فى المسألة روايتان فيهما . وهى ظاهر كلام أبى الخطاب ، فى الهداية .

والطريق الرابع : إن تميز البدل : فعلى روايتين ، وإن لم يتميز : ضمن . رواية واحدة . قاله فى التلخيص .

ويقرب منه كلام المصنف فى المقنع ، وكلام القاضى على ماحكاه فى المغنى .

وبالجملة : هذه الطريقة ، وإن كانت حسنة : لكنها مخالفة لنصوص الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

الثانى : شرط القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، وأبو الخطاب ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وجماعة : أن تكون الدراهم ونحوها غير مختومة ، ولا مشدودة . فلو كانت كذلك . فحل الشد ، أو فك الختم : ضمن الجميع . قولا واحداً .

قال القاضى فى التعليق : هو قياس قول الأصحاب ، مما إذا فتح قفصاً عن طائر ، فطار . وقاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

قال الحارثى : ولا يصح هذا القياس . لأن الفتح عن الطائر إضاعة له . فهو كحل الزق .

ونقل مهنا : أنه لايضمن إلا ما أخذ .

قال فى التلخيص : وروى البغوى عن الإمام أحمد رحمه الله : مايدل على ذلك

وينبنى على ذلك : لو خرق الكيس . فإن كان من فوق الشد : لم يضمن إلا الخرق . وإن كان من تحت الشد : ضمن الجميع ، على المشهور عندالأصحاب . قاله الزركشى .

الثالث : قوة كلام المصنف ، وغيره : تقتضى أنه لايضمن بمجرد نية التعدى . بل لابد من فعل ، أو قول . وهو صحيح . وهو المقطوع به عند الأصحاب .

وقال القاضى ، وقد قيل : إنه يضمن بالنية . لاقترانها بالإمساك . وهو فعل كملتقطٍ نوى التملك فى أحد الوجهين .

وفى الترغيب ، قال الحارثى : وحكى القاضى فى تعليقه : وجهاً بالضمان .

قال الزركشى : وقد ينبنى على هذا الوجه . على أن الذى لايؤاخذ به هو الهَمُّ . أما العزم : فيؤاخذ به على أحد القولين . انتهى .

وتأتى مسألة اللقطة فى بابها . عند قوله « ومن أمن نفسه عليها »

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ صَبِيٌّ وَدِيعَةً : ضَمِنَهَا ، وَلَمْ يَبْرَأْ إِلاَّ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى وَلِيِّهِ ﴾ .

إن كان الصبى غير مميز : فالحكم كما قال المصنف .

وكذا إن كان مميزاً ، ولم يكن مأذوناً له .

وإن كان مأذوناً له : صح إيداعه فيما أذن له بالتصرف فيه . قاله المصنف ، والشارح .

فائدة : لو أخذ الوديعة من الصبى تخليصاً لها من الهلاك ، على وجه الحسبة . فقال فى التلخيص : يحتمل أن لايضمن ، كالملك الضائع إذا حفظه لصاحبه . وهو الأصح . ويحتمل أن يضمن . لأنه لا ولاية له عليه .

قال : وهكذا يخرج إذا أخذ المال من الغاصب تخليصاً ، ليرده إلى مالكه . انتهى .

واقتصر الحارثى على حكاية كلامه . وقدم ما صححه فى التلخيص فى الرعاية وقطع به فى الكافى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدِعَ الصَّبِيُّ وَدِيعَةً ، فَتَلِفَتْ بِتَفْرِيطِهِ : لَمْ يَضْمَنْ . وَكَذَلِكَ الْمَعْتُوهُ ﴾ .

وهذا الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والوجيز ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : أنه يضمن . وأطلقهما فى الفروع فى أول باب الحجر .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتْلَفَهَا : لَمْ يَضْمَنْ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

قال فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص : وقال غير القاضى من أصحابنا : لا يضمن . انتهوا .

قال الحارثى : قال ابن حامد : هذا قياس المذهب . وإليه صار القاضى آخراً وذكره ولده أبو الحسين ، ولم يذكر القاضى فى رؤوس المسائل سواه .

وكذا قال القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس .

قال ابن عقيل : وهو أصح عندى . وقدمه فى الخلاصة .

وقال القاضى : يضمن . اختاره المصنف ، والشارح .

قال الحارثى : واختاره أبو على بن شهاب ، ولم يورد الشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وأبو المواهب الحسين بن محمد العكبرى ، والقاسم بن الحسن الحداد : سواه . انتهى . وصححه الناظم .

وهذا المذهب ، على ما اصطلحناه .

وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمحرر ، والفروع .

فائدة : المجنون كالصبى . وكذا السفيه ، عند المصنف ، والشارح ، وجماعة . ففيه الخلاف .

وقيل : إتلافه موجب للضمان كالرشيد . وقطع به القاضى فى المجرد ، وصاحب التلخيص .

قال الحارثى : وإلحاقه بالرشيد أقرب .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَ عَبْدًا وَدِيعَةً ، فَأَتْلَفَهَا : ضَمِنَهَا فِي رَقَبَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وشرح ابن منجا . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص .

قال الحارثى : وبه قال الأكثرون من الأصحاب : أبو الخطاب ، وابن عقيل وأبو الحسين ، والشريفان - أبو جعفر ، والزيدى - وابن بكروس ، والسامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

والوجه الثانى : يضمنها فى ذمته . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع .

ولنا وجه فى المذهب - ذكره القاضى فى المجرد ، وغيره - بعدم الضمان مطلقا ، تخريجاً من مثله فى الصبى . ورده الحارثى .

تنبيه : قيل إن الوجهين اللذين فى العبد : مبنيان على الوجهين فى الصبى . وهو قول المصنف ، والشارح ، والقاضى ، وصاحب الفائق . ورده الحارثى .

وقال فى المستوعب ، والتلخيص : ويضمن . ويكون فى رقبته . سواء كان محجوراً عليه ، أو مأذوناً له .

قال الحارثى : صرح به غير واحد . وهو مقتضى إطلاق المصنف . كما فى الجناية على النفس . انتهى .

وهى طريقته فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

فائدة : المدبر ، والمكاتب ، والمعلق عتقه على صفة ، وأم الولد : كالقن . فيما تقدم . قاله الحارثى ، وغيره .

قوله ﴿ وَالْمُودَعُ أَمِينٌ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدَّعِيهِ مِنْ رَدٍّ وَتَلَفٍ ﴾

يعنى : مع يمينه . هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع .

قال فى التلخيص ، وغيره : هذا المذهب .

وعنه : إن دفعها المودع – بكسر الدال – إلى المودع – بفتح الدال – ببينة : لم تقبل دعوى الرد إلا ببينة . نص عليه فى رواية أبى طالب ، وابن منصور .

قال الحارثى : وهذا ماقاله ابن أبى موسى فى الإرشاد .

وخرجها ابن عقيل على أن الإشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب . فيكون تركه تفريطا . فيجب فيه الضمان .

وقيل : لايحتاج إلى يمين مع دعوى التلف .

قال الحارثى : المذهب لايحلف مدعى الرد والتلف ، إذا لم يتهم .

وتأتى المسألة قريباً بأتم من هذا .

تنبيه : محل هذا إذا لم يتعرض لذكر سبب التلف . فإن تعرض لذكر سبب التلف : فإن أبدى سبباً خفياً – من سرقة ، أو ضياع ونحوه – قبل أيضاً . ذكره الأصحاب .

وإن أبدى سبباً ظاهراً – من حريق منزل أو غرقه ، أو هجوم غارة ونحو ذلك – فالصحيح من المذهب : أنه لايقبل قوله إلا ببينة بوجود ذلك السبب فى تلك الناحية . وعليه جماهير الأصحاب . منهم ابن أبى موسى ، والقاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى الكافى ، وصاحب التلخيص ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وفى كلام الإمام أحمد رحمه الله مايشعر به .

قال فى التلخيص ، وغيره : ويكفى فى ثبوت السبب الاستفاضة . وقاله فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وقال فى المغنى ، وجماعة من الأصحاب : يقبل قوله أيضاً .

وتقدم نظير ذلك فى الوكالة .

فائدة : لو منع المودع ـ بفتح الدال ـ صاحب الوديعة منها ، أو مطله بلا عذر ، ثم ادعى تلفاً : لم يقبل إلا ببينة . لخروجه بذلك عن الأمانة .

قوله ﴿ وَأَذِنَ فِي دَفْعِهَا إِلَى إِنْسَانٍ ﴾ .

يعنى إذا قال المودع ـ بفتح الدال ـ للمودع : أذنت لى فى دفعها إلى فلان فدفعتها . فأنكر الإذن . فالقول قول المودع ـ بفتح الدال ـ على الصحيح من المذهب . كما قال المصنف ، ونص عليه فى رواية ابن منصور .

وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والمحرر ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لايقبل قوله .

قال الحارثى : وهو قوى .

وقيل : ذلك كوكالة فى قضاء دين .

ولا يلزم المدعى عليه للمالك غير اليمين ، مالم يقر بالقبض .

وذكر الأزجى : إن ادعى الرد إلى رسول موكِّل ومودِع . فأنكر الموكل : ضمن . لتعلق الدفع بثالث . ويحتمل لا .

وإن أقر ، وقال : قَصَّرت لترك الإشهاد : احتمل وجهين .

قال : واتفق الأصحاب أنه لو وكله بقضاء دينه ، فقضاه فى غيبته ، وترك الإشهاد : ضمن . لأن مبنى الدين على الضمان . ويحتمل إن أمكنه الإشهاد فتركه ضمن . انتهى .

قال فى الفروع : كذا قال .

فائدتان

إحداهما : لو ادعى الأداء إلى وارث لمالك لم يقبل إلا ببينة . قاله فى التلخيص ، واقتصر عليه الحارثى . وكذا دعوى الأداء إلى الحاكم .

الثانية : لو ادعى الأداء على يد عبده ، أو زوجته ، أو خازنه : فكدعوى الأداء بنفسه .

قوله ﴿ وَمَا يُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ خِيَانَةٍ أَوْ تَفْرِيطٍ ﴾

يعنى : القول قوله . وهذا بلا نزاع .

فائدة : هل يحلف مدعى الرد والتلف ، والإذن فى الدفع إلى الغير ، ومنكر الجناية والتفريط ، ونحو ذلك ؟

قال الحارثى : المذهب لايحلف إلا أن يكون متهما . نص عليه من وجوه كثيرة . وكذا قال الخرقى ، وابن أبى موسى فى الوكيل .

وأطلق المصنف فى كتابيه ، وكثير من الأصحاب : وجوب التحلف .

قال : ولا أعلمه عن الإمام أحمد رحمه الله نصاً ولا إيماء . انتهى .

والمذهب عند أكثر الأصحاب المتأخرين : ما قاله المصنف وغيره .

وتقدم التنبيه على بعضه قريباً .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : لَمْ يُودِعْنِي ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهَا ، أَوْ ثَبَتَتْ بِبَيِّنَةٍ . فَادَّعَى الرَّدَّ ، أَوِ التَّلَفَ : لَمْ يُقْبَلْ ، وَإِنْ أَقَامَ بِذَلِكَ بَيِّنَةً ﴾ .

نص عليه . مراده : إذا ادعى الرد أو التلف قبل جحوده ، بأن يدعى عليه الوديعة يوم الجمعة فينكرها . ثم يقر ، أو تقوم بينة بها ، فيقيم بينة بأنها تلفت ، أو ردها يوم الخميس ، أو قبله مثلا . فالمذهب فى هذا : كما قال المصنف ، من أنه لايقبل قوله ولا بينته . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

ويحتمل أن تقبل بينته .

قال الحارثى : وهو المنصوص من رواية أبى طالب . وهو الحق .

وقال : وهذا المذهب عندى . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وأما إن ادعى الرد أو التلف بعد جحوده بها ، بأن يدعى عليه يوم الجمعة فينكر ، ثم يقر وتقوم البينة به . فيقيم بينته بتلفها أو ردها يوم السبت ، أو بعده مثلا . فهذا تقبل فيه البينه بالرد . قولا واحداً .

وتقبل فى التلف على الصحيح من المذهب . جزم به فى المحرر ، والوجيز .

قال فى الفروع : والأصح وتسمع بتلف .

وقيل : لاتقبل . وهو ظاهر كلام المصنف هنا ، وأبى الخطاب ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، والمنتخب ، والزركشى ، وجماعة . لأنهم أطلقوا .

قلت : وهو الصواب .

واقتصر فى المحرر على قبول قوله إذا ادعى رداً متأخراً .

فظاهره : أنه إذا ادعى تلفاً متأخراً : لايقبل . وكذا قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والمنور . وصرح به فى شرح المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس .

فائدتان

إحداهما : لو شهدت بينة بالتلف أو الرد ، ولم تعين : هل ذلك قبل جحوده أو بعده ؟ واحتمل الأمرين : لم يسقط الضمان .

قلت : ويحتمل السقوط . لأنه الأصل .

الثانية : لو قال : لك وديعة . ثم ادعى ظن بقائها ، ثم علم تلفها . أو ادعى الرد إلى ربها ، فأنكره ورثته . فهل يقبل قوله ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الفروع . وأطلقهما فى الأولى فى الرعاية الكبرى .

أحدهما : لا يقبل قوله فى المسألة الأولى .

وقدمه فى المغنى عند قول الخرقى « وإذا قال : عندى عشرة دراهم ، ثم قال : وديعة » .

وقدمه الشارح فى باب ما إذا وصل بإقراره مايغيره . وهو ظاهر كلام ابن رزين فى شرحه .

وقال القاضى : يقبل قوله . لأن الإمام أحمد رحمه الله قال ـ فى رواية ابن منصور ـ إذا قال : لك عندى وديعة دفعتها إليك : صدق . انتهى .

قلت : وهذا الصواب .

وأما إذا ادعى الرد إلى ربها ، وأنكره ورثته . فالصحيح : أنه يقبل قوله . كما لو كان حياً .

ثم وجدته فى الرعاية الكبرى قطع بأنه لايقبل إلا ببينة .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : مَالَكَ عِنْدِى شَىْءٌ : قُبِلَ قَوْلُهُ فِى الرَّدِّ وَالتَّلَف ﴾ بلا نزاع .

لكن إن وقع التلف بعد الجحود وجب الضمان . لاستقرار حكمه بالجحود . فيشبه الغاصب . ذكره الشارح . واقتصر عليه الحارثى .

وقال : والإطلاق هنا محمول عليه .

وقال الزركشى : يقبل قوله فى الرد والتلف .

ولا فرق بين قبل الجحود وبعده ، على ظاهر إطلاق جماعة .

وقال القاضى فى المجرد ، وقد قيل : إن شهدت البينة بالتلف بعد الجحود : فعليه الضمان . وإن شهدت بالتلف قبله : فلا ضمان .

قوله ﴿ فَإِنْ مَاتَ الْمُودَعُ فَادَّعَى وَارِثُه الرَّدَّ : لَمْ يُقْبَلْ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ ﴾ بلا نزاع .

وكذا حكم دعوى الملتقط ، ومن أطارت الريح إلى داره ثوباً : الردَّ إلى المالك .

قال فى القواعد : و يتوجه قبول دعواه فى حالة لايضمن فيها بالتلف . لأنه مؤتمن شرعاً فى هذه الحالة .

ولو ادعى الوارث أن مورثه ردها لم يقبل أيضاً . إلا ببينة عند الأصحاب .

قال الحارثى : وقد يتخرج لنا قول بالقبول من أحد الوجهين ، فيما إذا كان عنده وديعة فى حياته لم توجد بعينها ، ولا يعلم بقاءها . لأن الأصل عدم الحصول فى يد الوارث . وكذلك مالو ادعى التلف فى يد مورثه . انتهى .

قال فى القاعدة الرابعة والأربعين : ولا حاجة إلى التخريج إذن . لأن الضمان على هذا الوجه منتف ، سواء ادعى الوارث الرد أو التلف ، أو لم يدع شيئاً [1] .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ عِنْدَ الوَارِثِ قَبْلَ إِمْكَانِ رَدِّهَا : لَمْ يَضْمَنْهَا ﴾ بلا نزاع ﴿ وَبَعْدَهُ يَضْمَنُهَا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ، وشرح الحارثى .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : والمشهور الضمان . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى التلخيص . وقال : ذكره أكثر الأصحاب . وقدمه فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لايضمنها .

قال الحارثى : وهذا لا أعلم أحداً ذكره إلا المصنف .

قلت : قد أشار إليه فى التلخيص وغيره .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والرعاية الكبرى .

وقيل : لا يضمنها إن لم يعلم بها صاحبها . جزم به فى المحرر ، وتذكرة ابن عبدوس .

---

(١) من هنا خرم فى نسخة المصنف قدر ورقتين .

وقال فى الرعاية الصغرى : وهو أولى . وأطلقهن فى الفروع ، والفائق .

فائدة : إذا حصل فى يده أمانة بدون رضى صاحبها : وجبت المبادرة إلى ردها ، مع العلم بصاحبها والتمكن منه . ودخل فى ذلك اللقطة .

وكذا الوديعة ، والمضاربة ، والرهن ، ونحوها : إذا مات المؤتمن وانتقلت إلى وارثه .

وكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره .

ثم إن كثيراً من الأصحاب قالوا هنا : الواجب الرد .

وصرح كثير منهم بأن الواجب أحد شيئين : إما الرد ، أو الإعلام . كما فى المستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح . وذكر نحوه ابن عقيل . وهو مراد غيرهم .

ثم إن الثوب : هل يحصل فى يده ، لسقوطه فى داره من غير إمساك أو لا ؟ .

قال القاضى : لا يحصل فى يده بذلك . وخالف ابن عقيل .

والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما إذا حصل فى أرضه من المباحات : هل يملكها بذلك أم لا ؟ على ماتقدم فى كتاب البيع .

وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك . كالوديعة ، والوكالة ، والشركة ، والمضاربة : يجب الرد على الفور لزوال الائتمان . صرح به القاضى فى خلافه . وسواء كان الفسخ فى حضرة الأمين ، أو غيبته .

وظاهر كلامه : أنه يجب فعل الرد .

وعلى قياس ذلك : الرهن بعد استيفاء الدين ، والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة .

وذكر طائفة من الأصحاب فى العين المؤجرة : لا يجب على المستأجر فعل الرد . ومنهم من ذكر فى الرهن كذلك .

ذكر معنى ذلك فى القاعدة الثانية والأربعين .

وأما إذا مات المودع ، ولم يبين الوديعة ، ولم تعلم : فهى دين فى تركته .

تقدم ذلك فى كلام المصنف ، فى أواخر المضاربة .

فائدة جليلة : تثبت الوديعة بإقرار الميت ، أو ورثته ، أو بينته .

وإن وجد خط موروثه « لفلان عندى وديعة » وعلى كيس « هذا لفلان » عمل به وجوباً . على الصحيح من المذهب .

قال فى الفروع : ويعمل به على الأصح .

قال الحارثى : هذا المذهب . نص عليه من رواية إسحاق بن إبراهيم فى الوصية . ونصره ، ورد غيره .

وقال : قاله القاضى أبو الحسين ، وأبو الحسن ابن بكروس . وقدمه فى المستوعب ، والتلخيص . وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف .

وقيل : لا يعمل به . ويكون تركة .

اختاره القاضى فى المجرد ، وابن عقيل ، والمصنف . وقدمه الشارح . ونصره وجزم به فى الحاوى الصغير ، والنظم .

وإن وجد خطه بدين له على فلان : حلف الوارث ، ودفع إليه . قطع به فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى ، وإعلام الموقعين

وإن وجد خطه بدين عليه . فقيل : لا يعمل به ، ويكون تركة مقسومة .

اختاره القاضى فى المجرد ، وجزم به فى الفصول ، والمذهب . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

وقيل : يعمل به ، ويدفع إلى من هو مكتوب باسمه .

قال القاضى أبو الحسين : المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه . أومأ إليه . وجزم به فى المستوعب .

وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف : هو ظاهر ما قطع به فى إعلام الموقعين . وقدمه فى التلخيص . وصححه فى النظم . وهو المذهب عند الحارثى . فإنه قال : والكتابة بالديون عليه كالكتابة بالوديعة ، كما قدمنا . حكاه غير واحد . منهم السامرى ، وصاحب التلخيص . انتهى .

وتقدم كلامه فى المسألة الأولى . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

قوله ﴿ وَإِن ادَّعَى الوَدِيعَةَ اثْنَانِ ، فأَقَرَّ بِهَا لِأَحَدِهِما : فَهِيَ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ بلا نزاع أعلمه .

لكن قال الحارثى : وهذا اللفظ ليس على ظاهره . من جهة أنه مشعر بأن كمال الاستحقاق يتوقف على اليمين . وهى إنما تفيد الاستحقاق حال ردها على المدعى عند من قال به ، أو حال تعذر كمال البينة ، وما نحن فيه ليس واحداً من الأمرين .

لايقال : المودَع شاهد ، ولو كان كذلك لاعتبرت له العدالة ، وصيغة الشهادة . والأمر بخلافه . فتعين تأويله على حلفه المدعى . انتهى .

قوله ﴿ وَيَحْلِفُ الْمُودَعُ ـ بفتح الدال ـ أَيْضًا لِلْمُدَّعِي الآخَرِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . جزم به هنا فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى المحرر ، والفروع : حلف فى الأصح . ذكراه فى باب الدعاوى .

وقيل : لا يلزمه يمين .

فعلى المذهب : إن نكل فعليه البدل للثانى . بلا نزاع .

فائدتان

إحداهما : لو تبين للمقر بعد الاقتراع : أنها للمقروع . فقال الإمام أحمد رحمه الله : قد مضى الحكم . أى لا تنزع من القارع . وعليه القيمة للمقروع .

الثانية : لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها . ثم تبين خطؤه : ضمنها لتفريطه . صرح به القاضى .

وخرج فى القواعد وجهاً بعدم الضمان عليه . و إنما هو على المتلف وحده .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِهَا لَهُمَا فَهِيَ لَهُمَا . وَيَحْلِفُ لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ﴾

بلا نزاع أعلمه .

فإن نكل فعليه بذل نصفها لكل واحد منهما . ويلزم كل واحد منهما الحلف لصاحبه كما تقدم .

ولم يذكره المصنف . وكأنه اكتفى بالأول .

قوله ﴿ فَإِنْ قَالَ : لَا أَعْرِفُ صَاحِبَهَا : حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ﴾

يعنى يميناً واحدة .

إذ أقر بها لأحدهما ، وقال : لا أعرف عينه .

فلا يخلو : إما أن يصدقاه أولا . فإن صدقاه فلا يمين عليه . إذ لا اختلاف .

وعليه التسليم لأحدهما بالقرعة مع يمينه . ذكره فى التلخيص . واقتصر عليه الحارثى . وقال : هو المذهب ، ونصوص أحمد تقتضيه .

وإن لم يصدقاه . فلا يخلو : إما أن يكذباه ، أو يسكتا . فإن لم يكذباه : قبل قوله بغير يمين .

ذكره غير واحد منهم : أبو الخطاب ، وأبو الحسين ، والشريف أبو جعفر ، واقتصر عليه الحارثى .

وذكر عن الشافعية وجهاً آخر . وعلله .

قال الحارثى : وهذا بمجرده حق ، إن لم يقم دليل على اعتبار صريح الدعوى لوجوب اليمين . انتهى .

ثم قال القاضى ، وغيره : يقرع بين المتداعيين . فمن أصابته القرعة حلف أنها له ، وأعطى .

وإن كذباه : حلف أنه لايعلم . كما قال المصنف .

قال الحارثى : وهو قول القاضى ومن بعده من الأصحاب .

وتقدم أن المذهب : لايمين على مدعى التلف ومنكر الجناية والتفريط ونحوه ،

إلا أن يكون متهماً . وهذا كذلك . فلا يمين على المذهب . نظراً إلى أن المالك ائتمنه .

وعلى القول بالحلف : يحلف يميناً واحدة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثى : خلافاً لأبى حنيفة . لتغاير الحقين . كما فى إنكار أصل الإيداع . قال : وهذا قوى . انتهى .

و إذا تحرر هذا ، فيقرع بينهما . فمن قرع صاحبه حلف وأخذ . كما قال المصنف ، ونص عليه فى أصل المسألة من وجوه كثيرة .

و إن نكل المودَع عن اليمين . فقال فى المجرد : يقضى عليه بالنكول . فيلزمه الحاكم بالإقرار لأحدهما .

فإن أبى ، فقياس المذهب : يقرع بينهما . ولم يذكر غرما .

وقال فى التلخيص : يقوى عندى أن من جملة القضايا لنكول غرم القيمة . فيغرم القيمة .

قال الحارثى : وكذا قال غيره . وجزم به فى الفائق ، والزركشى .

فعلى هذا : يؤخذ بالقيمة مع العين . فيقترعان عليها أو يتفقان .

هذه طريقة صاحب المحرر ، وجماعة . وقدمها الحارثى ، وقال : فى كلام المحرر مايقتضى الاقتراع على العين . فمن أخذها بالقيمة تعينت القيمة للآخر . قال : وهو أولى . لأن كلا منهما يستحق مايدعيه فى هذه الحالة ، أو بدله عند التعذر . والتعذر لايتحقق بدون الأخذ . فتعين الاقتراع . انتهى .

قال فى التلخيص : وكذلك إذا قال « أعلم المستحق ، ولا أحلف »

و يأتى الكلام بأتم من هذا فى باب الدعاوى والبينات . فى القسم الثالث إن شاء الله تعالى .

فائدة : إذا قامت البينة بالعين لأخذ القمية : سلمت إليه . وردت القيمة إلى المودع ، ولا شيء للقارع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَوْدَعَهُ اثْنَانِ مَكِيلاً ، أَوْ مَوْزُوناً . فَطَلَبَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ : سَلَّمَهُ إِلَيْهِ ﴾ .

مراده : إذا كان ينقسم . وهو معنى قول بعض الأصحاب « لاينقص بتفرقة » وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والوجيز وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وقيل : لايلزمه الدفع إلا بإذن شريكه أوالحاكم . اختاره القاضى ، والناظم .

وكذا الحكم لو كان الشريك حاضراً ، وامتنع من المطالبة بنصيبه والإذن فى التسليم إلى صاحبه .

قوله ﴿ وَإِنْ غُصِبَتِ الوَدِيعَة : فَهَلْ لِلْمُودِعِ الْمُطَالَبَةُ بِهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والمغنى والشرح ، والفائق ، والحاوى الصغير .

أحدهما : له المطالبة بهـا . وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب فى الهداية . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الفروع ، والرعايتين .

والوجه الثانى : ليس له ذلك . اختاره القاضى . وصححه فى البلغة . وقدمه فى المستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص . ومال إليه الحارثى .

فوائد

إحداها : حكم المضارب ، والمرتهن ، والمستأجر فى المطالبة ـ إذا غصب منهم ما بأيديهم ـ حكم المودَع . قاله أكثر الأصحاب . وقدم فى الخلاصة أنه ليس له

المطالبة فى الوديعة . وجزم بالجواز فى المرتهن ، والمستأجر . ومال إليه الحارثى .

وقال المصنف فى المضارب : لايلزمه المطالبة مع حضور رب المال .

الثانية : لو أكره على دفع الوديعة لغير ربها : لم يضمن . قاله الأصحاب . ذكره الحارثى .

قلت : منهم القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى وصاحب التلخيص ، والشارح ، وغيرهم .

قال المجد فى شرحه : المذهب لايضمن . انتهى .

وفى الفتاوى الرجبيات عن أبى الخطاب ، وابن عقيل : الضمان مطلقاً . لأنه افتدى به ضرره .

وعن ابن الزاغونى : إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد : فعليه الضمان ولا إثم . وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان . ذكره فى القاعدة السابعة والعشرين .

وإن صادره السلطان : لم يضمن على الصحيح من المذهب . اختاره أبو الخطاب . وقدمه فى الفروع .

وقال أبو الوفاء : يضمن إن فرط .

وإن أخذها منه قهراً : لم يضمن عند أبى الخطاب . وقطع به فى التلخيص ، والفائق .

وعند أبى الوفاء : إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالا ، ويضمن .

وقال القاضى فى الخلاف ، وأبو الخطاب فى الانتصار : يضمن المال بالدلالة . وهو المودَع .

وفى فتاوى ابن الزاغونى : من صادره سلطان ، ونادى بتهديد من عنده وديعة فلم يحملها ، إن لم يعينه ، أو عينه وتهدده ولم ينله : أثم وضمن ، وإلا فلا . انتهى .

قال الحارثى ، وإذا قيل : التوعد ليس إكراهاً . فتوعده السلطان حتى سلم .

لجواب أبى الخطاب ، وابن عقيل ، وابن الزغونى : وجوب الضمان ، ولا إثم . وفيه بحث .

وإذا قيل : إنه إكراه . فنادى السلطان : من لم يحمل وديعة فلان عمل به كذا وكذا . فحملها من غير مطالبة : أثم وضمن . وبه أجاب أبو الخطاب ، وابن عقيل فى فتاويهما .

وإن آل الأمر إلى اليمين ولا بد : حلف متأولا .

وقال القاضى فى المجرد : له جحدها .

فعلى المذهب : إن لم يحلف حتى أخذت منه : وجب الضمان ، للتفريط . وإن حلف ولم يتأول أثم .

وفى وجوب الكفارة روايتان . حكاهما أبو الخطاب فى الفتاوى .

قلت : والصواب وجوب الكفارة مع إمكان التأويل وقدرته عليه ، وعلمه بذلك ولم يفعله .

ثم وجدت فى الفروع فى باب جامع الأيمان ، قال : ويكفر على الأصح إن أكره على اليمين بالطلاق .

فأجاب أبو الخطاب : بأنها لاتنعقد ، كما لو أكره على إيقاع الطلاق .

قال الحارثى : وفيه بحث . وحاصله : إن كان الضرر الحاصل بالتغريم كثيراً يوازى الضرر فى صور الإكراه : فهو إكراه لا يقع ، وإلا وقع على المذهب . انتهى .

وعند ابن عقيل : لا يسقط لخوفه من وقوع الطلاق . بل يضمن بدفعها افتداء عن يمينه .

وفى فتاوى ابن الزغوانى : إن أبَى اليمين بالطلاق ، أو غيره . فصار ذريعة إلى أخذها . وكإقراره طائعاً . وهو تفريط عند سلطان جائر . نقله فى الفروع فى باب جامع الأيمان .

الثالثة : لو أخَّر رد الوديعة بعد طلبها ، بلا عذر : ضمن ، و بعذر : لا يضمن . كالخوف فى الطريق ، والعجز عن الحمل ، وعن الوصول إليها ، لسيل أو نار ونحو ذلك .

وفى معنى ذلك : إتمام المكتوبة ، وقضاء الحاجة ، وملازمة الغريم يخاف فوته . و يمهل لأكل ونوم وهضم طعام ، والمطر الكثير ، والوحل الغزير ، أو لكونه فى حمام ، حتى يخرج . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

قال فى المغنى وغيره : إن قال أمهلونى حتى آكل فإنى جائع ، أو أنام فإنى ناعس ، أو ينهضم الطعام عنى فإنى ممتلىء : أمهل بقدر ذلك .

قال الحارثى : وهو الصحيح ، قال : والظاهر من كلام غير واحد : منع التأخير إعتباراً بإمكان الدفع .

قلت : وهو ظاهر كلام الخرقى .

وقال فى الترغيب [1] والتلخيص : إن أخَّر لكونه فى حمام ، أو على طعام إلى قضاء غرضه : ضمن ، و إن لم يأثم على وجه .

واختاره الأزجى فقال : يجب الرد بحسب العادة ، إلا أن يكون تأخيره لعذر . و يكون سبباً للتلف . فلم أرَ نصا . و يقوى عندى : أنه يضمن لأن التأخير إنما جاز بشرط سلامة العاقبة . انتهى .

الرابعة : لو أمره بالرد إلى وكيله فتمكن ، وأبىَ : ضمن . على الصحيح من المذهب ، ولو لم يطلبها وكيله . قاله فى التلخيص ، والفروع .

وقيل : لا يضمن إلا إذا طلبها وكيله ، وأبىَ الرد .

و إذا دفعها إلى الوكيل ولم يُشهد ، ثم جحد الوكيل : لم يضمن بترك الإشهاد . بخلاف الوكيل فى قضاء الدين . فإنه يضمن بترك الإشهاد . لأن شأن الوديعة الإخفاء . قاله فى التلخيص وغيره .

---

(١) إلى هنا انتهى الخرم من نسخة المصنف .

وتقدم إذا ادعى الإذن فى دفعها إلى إنسان فى كلام المصنف وهنساك .
مايتعلق بهذا .

الخامسة : لو أخر دفع مال أمر بدفعه بلا عذر : ضمن ، كما تقدم نظيره فى الوديعة . وهذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وقيل : لا يضمن . واختاره أبو المعالى ، بناء على اختصاص الوجوب بأمر الشرع .

قلت : الأمر المجرد عن القرينة : هل يقتضى الوجوب أم لا ؟

فيه خمسة عشر قولاً للعلماء .

من جملتها : أن أمر الشارع للوجوب دون غيره . كما اختاره أبو المعالى .

والصحيح من المذهب : أنه للوجوب مطلقاً .

ذكر الأقوال ومن قال بكل قول فى القواعد الأصولية فى القاعدة الثالثة والأربعين .

السادسة : لو قال : خذ هذا وديعة اليوم لا غداً ، وبعده يعود وديعة . فقيل : لا تصح الوديعة من أصلها .

وقيل : تصح فى اليوم الأول دون غيره .

وقيل : تصح فى اليوم الأول ، وفى بعد الغد .

قال القاضى فى التعليق : هى وديعة على الدوام . ذكره عنه الحارثى . وأطلقهن فى الفروع .

وإن أمره برده فى غد ، وبعده تعود وديعة : تعين رده .

السابعة : لو قال له : كلما خنت ثم عدت إلى الأمانة ، فأنت أمين : صح . لصحة تعليق الإيداع على الشرط ، كالوكالة . صرح به القاضى . قاله فى القاعدة الخامسة والأربعين .

باب إحياء الموات

قوله ﴿ وَهِيَ الْأَرْضُ الدَّاثِرَةُ التِي لَا يُعْلَمُ أَنَّهَا مُلِـكَتْ ﴾ .

قال أهل اللغة « الموات من الأرض هى التى لم تستخرج ولم تعمر » .

قال الحارثى : وظاهر إيراد المصنف : تعريف « الموات » بمجموع أمرين : الاندراس ، وانتفاء العلم ، تحصيلاً للمعنى المتقدم عن أهل اللغة : أنه الذى لم يستخرج ، ولم يعمر . وعليه نص الإمام أحمد رحمه الله ، وذكره .

قال : ولو اقتصر المصنف على ما قالوا لـكان أولى وأبين . فإن الدثور يقتضى حدوث العطل بعد أن لم يكن ، حيث قالوا : قَدُم ودَرَس . وذلك يستلزم تقدم عمارة . وهو مُناف لانتفاء العلم بالملك .

قال : ويحتمل أن يريد بالداثرة : التى لم تستخرج ولم تعمر . وهو الأظهر من إيراده لقوله بعده « فإن كان فيها آثار الملك » .

فعلى هذا يكون وصف « انتفاء العلم بالملك » تعريفاً لما يملك بالإحياء من الموات ، لا لماهية الموات . وذلك حكم من الأحكام .

ثم مايملك بالإحياء ، لا يكفى فيه ما قال . فإن حريم العامر ، وما كان حمى أو مصلى : لا يملك ، مع أنه غير مملوك .

ويرد أيضـاً على ما قال : ما علم ملـكه لغير معصوم . فإنه جائز الإحياء .

قال : والأضبط فى هذا : ما قيل « الأرض المنفـكة عن الاختصاصات ، وملك المعصوم » فيدخل كل مايملك بالإحياء . ويخرج كل ما لايملك به . انتهى.

قوله ﴿ فإِنْ كَانَ فِيهَا آثَارُ المِلْكِ ، وَلَا يُعْلَمُ لَهَا مَالِكٌ : فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾

إن كان الموات لم يجر عليه ملك لأحد ، ولم يوجد فيه أثر عمارة : مُلِكَ بالإحياء بلا خلاف . ونص عليه مراراً .

وإن عُلم له مالك بشراء أو عطية ، والمالك موجود ـ هو أو أحد من ورثته ـ :

لم يملك بالإحياء بلا خلاف ، بل هو إجماع . حكاه ابن عبد البر وغيره .

وإن كان قد ملك بالإحياء ، ثم تُرِكَ حتى دَثَرَ وعاد مواتاً : فهذا أيضاً لا يملك بالإحياء كذلك ، إذا كان لمعصوم .

وإن علم ملكه لمعين غير معصوم ، فإذا أحياه بدار الحرب واندرس : كان كموات أصلى . يملكه المسلم بالإحياء . قاله فى المحرر . وقدمه الحارثى .

وقال القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الفرج الشيرازى : لا يملك بالإحياء .

قال الحارثى : ويقتضيه مطلق نصوصه .

وإن كان لا يعلم له مالك . فهو أربعة أقسام :

أحدها : ما أثر الملك فيه غير جاهلى ، كالقرى الخربة ، التى ذهبت أنهارها ، ودرست آثارها . وقد شملها كلام المصنف . ففى ملكها بالإحياء روايتان . وأطلقهما الحارثى ، وغيره .

إحداهما : لا تملك بالإحياء .

والرواية الثانية : تملك بالإحياء . وصححه فى الحاوى الصغير ، والفائق ، والنظم . وأطلقوا .

والصحيح من المذهب : التفرقة بين دار الحرب ودار الإسلام . كما يأتى قريباً

تنبيه : لفظ المصنف وغيره : يقتضى تعميم الخلاف فى المندرس بدار الإسلام وبدار الحرب .

وقد صرح به فى كل منهما : القاضى ، وابن عقيل ، والقاضى أبو الحسين ، وأبو الفرج الشيرازى ، والمصنف فى المغنى ، والشارح ، وغيرهم .

قال الحارثى : وبالجملة ، فالصحيح : المنع فى دار الإسلام . وكذا قال الأصحاب .

بخلاف دار الحرب . فإن الأصح فيه الجواز . ولم يذكر ابن عقيل فى التذكرة سواه .

قال فى الرعايتين : وتملك بالإحياء ـ على الأصح ـ قرية خراب ، لم يملكها معصوم .

وإذا قيل بالمنع فى دار الإسلام : كان للإمام إقطاعه . قاله الأصحاب : القاضى فى الأحكام السلطانية ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، وغيرهم .

القسم الثاني : ما أثر الملك فيه جاهلى قديم ـ كديار عاد ، ومساكن ثمود ، وآثار الروم ـ وقد شملها أيضاً كلام المصنف . وكذا كلام القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهم من الأصحاب .

ولم يذكر القاضى فى الأحكام السلطانية خلافاً فى جواز إحيائه . وكذلك المصنف فى المغنى . وهو الصحيح من المذهب . وهى طريقة صاحب المحرر ، والوجيز ، وغيرهما .

قال الحارثى : وهو الحق ، والصحيح من المذهب . فإن الإمام أحمد رحمه الله وأصحابه لا يختلف قولهم فى البئر العادية . وهو نص منه فى خصوص النوع .

وصحح الملك فيه بالإحياء : صاحب التلخيص ، والفائق ، والشرح ، والفروع ، والتصحيح ، وغيرهم .

القسم الثالث : ما لا أثر فيه جاهلى قريب . وقد شمله كلام المصنف . والصحيح من المذهب : أنه يملك بالإحياء . قاله الحارثى وغيره .

والرواية الثانية : لا يملك .

القسم الرابع : ما تردد فى جريان الملك عليه . وفيه روايتان . ذكرهما ابن عقيل فى التذكرة ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم .

وقالوا : الأصح الجواز .

والرواية الثانية : عدم الجواز .

فائدتان

إحداهما : لو ملكها من له حرمة ، أو من يشك فيه ، ولم يعلم : لم يملك بالإحياء . على الصحيح من المذهب . لأنها فئ .

قال الزركشى : وهو المشهور عنه. وهو مقتضى كلام الخرقى ، واختيار أبى بكر والقاضى ، وعامة أصحابه ، كالشريف ، وأبى الخطاب ، والشيرازى . انتهى .

وصححه فى التصحيح وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وعنه : تملك بالإحياء .

قال فى الفائق : ملكت فى أظهر الروايات .

وعنه تملك مع الشك فى سابق العصمة . اختاره جماعة . قاله فى الفروع ، منهم : صاحب التلخيص . وأطلقهن فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم .

الثانية : لو عُلِم مالكها ، ولكنه مات ولم يعقب . فالصحيح من المذهب : أنها لا تملك بالإحياء .

وعنه تملك بالإحياء . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة .

فعلى المذهب : للإمام إقطاعها لمن شاء .

قوله ﴿ وَمَنْ أَحْيَي أَرْضًا مَيِّتَةً : فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِماً كانَ أَوْ كافِرًا ، بِإِذْنِ الإِمَامِ أَوْ غَيْرِ إِذْنِهِ ، فِي دَارِ الإِسْلاَمِ وَغَيْرِهَا، إِلَّامَا أَحْيَاهُ مُسْلِمٌ فِي أَرْضِ الْكُفَّارِ التِي صُولِحُوا عَلَيْهَا . وَمَا قَرُبَ مِنَ العَامِرِ ، وَتَعَلَّقَ بِمَصَالِحِهِ : لَمْ يُمْلَكْ بالإِحْيَاءِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسائل :

إحداها : ماأحياه المسلم من الأرض الميتة . فلاخلاف فى أنه يملكه بشروطه الآتية .

الثانية : ما أحياه الكفار ، وهم صنفان :

صنف أهل ذمة ، فيملكون ما أحيوه . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وصححه فى الخلاصة ، وغيرها .

قال الزركشى : هو المنصوص . وعليه الجمهور . وقدمه فى الهداية ، والمذهب والمستوعب ، والمغنى ، والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

وقيل . لايملكه . وهو ظاهر قول ابن حامد .

لكن حمل أبو الخطاب فى الهداية ـ ومن تبعه ـ ذلك على دار الإسلام .

قال الحارثى : وذهب فريق من الأصحاب إلى المنع ـ منهم : ابن حامد ـ أخذاً من امتناع شفعته على المسلم . ورُدَّ . وفرق الأصحاب بينهما .

وقيل : لايملكه بالإحياء فى دار الإسلام .

قال القاضى : هو مذهب جماعة من الأصحاب . منهم ابن حامد .

قال فى المذهب ، ومسبوك الذهب : يملكه الذمى فى دار الشرك . وفى دار الإسلام وجهان .

فعلى المذهب المنصوص : إن أحيى عنوة : لزمه عنه الخراج . وإن أحيى غيره : فلا شىء عليه . على الصحيح من المذهب .

قال الزركشى : هذا أشهر الروايتين .

وعنه : عليه عشر ثمره وزرعه .

والصنف الثانى : أهل حرب . فظاهر كلام المصنف : أنهم كأهل الذمة فى ذلك كله . وهو ظاهر كلام جماعة . منهم صاحب الوجيز . وهو أحد الوجهين .

والصحيح من المذهب : أنه لا يملكه بالإحياء . وهو ظاهر كلامه فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

قلت : ويمكن حمل كلام من أطلق على أهل الذمة . وأن الألف واللام للعهد . لأن الأحكام جارية عليهم .

لكن يرد على ذلك : كون المسألة ذات خلاف . فيكون الظاهر موافقا لأحد القولين .

ويرده كون المصنف لم يحك فى كتبه خلافاً .

قال الحارثى : والكافر — على إطلاقه — صحيح فى أراضى الكفار . لعموم الأدلة . وهو الصواب .

الثالثة : إن كان الإحياء بإذن الإمام : فلا خلاف أنه يملكه بذلك .

وإن كان بغير إذنه : ملكه أيضاً . على الصحيح من المذهب . كما جزم به المصنف هنا . فلا يشترط إذنه فى ذلك . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الزركشى : عليه الأصحاب . نص عليه . وجزم فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يملكه إلا بإذنه . وهو وجه فى المبهج ، ورواية فى الإقناع ، والواضح .

الرابعة : ما أحياه المسلم من أرض الكفار التى صولحوا عليها على أنها لهم . فهذه لا تملك بالإحياء . على الصحيح من المذهب ، كما قطع به المصنف هنا . وعليه الأصحاب .

وفيه احتمال : أنها تملك بالإحياء كغيرها .

الخامسة : ماقرب من العامر ، وتعلق بمصالحه — كطرقه وفنائه ، ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه وآلاته ، ومرعاه ، ومحتطبه ، وحريم والبئر والنهر ، ومرتكض الخيل ، ومدفن الأموات ، ومناخ الإبل ونحوها .

فهذا لا يملك بالإحياء . وعليه الأصحاب . ونص عليه من رواية غير واحد ولا يُقْطِعه الإمام . لتعلق حقه به . وقيل : لمالكه له .

تنبيه : ظاهر قول المصنف « فى دار الإسلام وغيرها » أن موات أرض العنوة كغيره . وهو صحيح . وهو المذهب . جزم به فى المستوعب .

وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال الحارثى : وهو أقوى .

وعنه : لاتملك بالإحياء لكن تقر بيده بخراجها ، كما لو أحياها ذمىّ .

قال الحارثى : وهو المذهب عند ابن أبى موسى ، وأبى الفرج الشيرازى .

قال أبو بكر فى زاد المسافر : و به أقول . انتهى .

وعنه : إن أحياه مسلم فعليه عُشْر ثمره وزرعه .

وعنه : على ذمى أحيى غير عنوة : عشر ثمره وزرعه .

وقيل : لاموات فى أرض السواد . وحمله القاضى على عامره .

قال فى الرعاية الكبرى : وقيل لاموات فى عامر السواد . وقيل : ولا غامره .

فائدة : هل يملك المسلم موات الحرم وعرفات بإحيائه ؟ يحتمل وجهين .

وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

قلت : الأولى أنه لايملك ذلك بالإحياء . ثم وجدت الحارثى قال: هذا الحق .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِمَصَالِحِهِ . فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والمحرر ، وغيرهم .

إحداهما : يملكه بالإحياء . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى : هذا المذهب . وصححه فى المستوعب ، والتلخيص ، والنظم ، والتصحيح ، والحارثى ، وغيرهم .

قال الزركشى : هى أنصهما وأشهرهما عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

والثانية : لايملكه بإحيائه .

وقيل : يملكه صاحب العامر دون غيره .

فوائد

إحداها : حكم إقطاع ذلك حكم إحيائه .

الثانية : قال فى الفروع : لواختلفوا فى الطريق وقت الإحياء : جعلت سبعة أذرع . للخبر . ولا تُغَيَّر بعد وضعها . و إن زادت على سبعة أذرع . لأنها للمسلمين . نص عليه .

واختار ابن بطة أن الخبر ورد فى أرباب ملك مشترك أرادوا قسمته واختلفوا فى قدر حاجتهم .

قلت : قال الجوزجانى فى المترجم عن قول الإمام أحمد رحمه الله « لابأس ببناء مسجد فى طريق واسع إذا لم يضر بالطريق » عنى الإمام أحمد رحمه الله من الضرر بالطريق : ماوقت النبى صلى الله عليه وسلم من السبع الأذرع .

قال فى القاعدة الثامنة والثمانين : كذا قال . قال : ومراده أنه يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع . والمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن قول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع » فى أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء ، وتشاحوا فى مقدار مايتركونه منها للطريق . و بذلك فسره ابن بطة ، وأبو حفص العكبرى ، والأصحاب . وأنكروا جواز تضييق الطريق الواسع إلى أن يبقى سبعة أذرع . انتهى .

وقدم ماقدمه فى الفروع : فى التلخيص وغيره .

الثالثة : إذا نضب الماء عن جزيرة : فلها حكم الموات . لكل أحد إحياؤها ، بعدت أو قربت . ذكره ابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم . ونص عليه .

قال الحارثى : هذا مع عدم الضرر . ونص عليه . انتهى .

الرابعة : ماغلب الماء عليه من الأملاك واستبحر : باق على ملك ملاكه . لهم أخذه إذا نضب عنه . نص عليه . قاله الحارثى وغيره .

وقال فى الفروع : ولا يملك مانضب ماؤه . وفيه رواية .

تنبيهان

أحدهما : مفهوم قوله ﴿ وَلاَ تُملكُ المَعَادِنُ الظَّاهِرَةَ ﴾ .

كالملح والقار : والنفط والكحل ، والجص ، وكذلك المـاء والكبريت ، والموميا ، والبرام ، والياقوت ، ومقاطع الطين ونحوه : أن المعادن الباطنة تملك . وهو وجه واحتمال للمصنف . وهو ظاهر كلام جماعة .

قال الحارثى : ونص عليه فى رواية حرب .

والصحيح من المذهب : أنها كالمعادن الظاهرة . فلا تملك .

قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .

قال الحارثى : قال الأصحاب : لا يملك بذلك ، ولا يجوز إقطاعه . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

فائدة : حكم المعادن الباطنة إذا كانت ظاهرة : حكم المعادن الظاهرة الأصل

التنبيه الثانى : مفهوم قوله عن المعادن الظاهرة « وليس للإمام إقطاعه » أن أن للإمام إقطاع المعادن الباطنة . وهو اختيار المصنف ، والشارح .

وذكر الحارثى أدلة ذلك ، وقال : هذا قاطع فى الجواز . فالقول بخلافه باطل . وصححه المصنف وغيره . وقد هداهم الله إلى الصواب . انتهى .

قال فى الفائق : ولا يجوز إقطاع مالا يملك من المعادن . نص عليه .

وقال الشيخ : يجوز . فظاهر عبارته إدخال الظاهرة والباطنة فى اختيار الشيخ .

والصحيح من المذهب : أنه ليس للإمام إقطاعه ، كالمعادن الظاهرة .

قال المصنف والشارح : قاله أصحابنا .

وكذا قال الحارثى . وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

تنبيه : مثل المصنف وجماعة ـ رحمهم الله ـ من المعادن الظاهرة : بالملح .

قال الحارثى : وليس على ظاهره . فإن منه مايحتاج إلى عمل وحفر . وذلك من قبيل الباطن .

والصواب : أن المائى منه من الظاهر . وكذا الظاهر من الجبل ، وما احتاج إلى كشف يسير .

وأما المحتاج إلى العمل والحفر : فمن قبيل الباطن .

قوله ﴿ فإنْ كانَ بِقُرْبِ السَّاحِلِ مَوْضِعٌ إذَا حَصَلَ فِيهِ المَاءُ صَارَ مِلْحًا : مُلِكَ بالإحْيَاءِ ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : والأصح أنه يملكه محييه .

قال فى الرعاية ، والفائق ، والحاوى الصغير : ملك بالإحياء فى أصح الوجهين . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : لايملك بالإحياء .

قوله ﴿ وَإذَا مَلَكَ المحْيِي مَلَكَهُ بمَا فِيهِ مِنَ المَعَادِنِ البَاطِنَة . كَمَعَادِنِ الذَّهَبَ وَالفِضّةِ ﴾ .

إذا ملك الأرض بالإحياء ملكها بما ظهر فيها من المعادن ، ظاهراً كان أو باطناً .

قاله الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، والحارثى وصاحب الفروع ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعبارة المصنف هنا لاتفى بذلك . فإنه اقتصر فى موضع الجامد

على لفظ « الباطن » وهى عبارة القاضى فى المجرد . فيحتمل أن يريد به ماقاله فى المغنى وغيره . وفى الإيراد قرينة تقتضيه ، وهو جعل الجارى قسيما للباطن .

ويحتمل إرادة الظاهر دون الباطن مما هو جامد لايدخل فى الملك . انتهى .

قوله ﴿ وَإِن ظَهَرَ فِيهِ عَيْنُ مَاءٍ ، أَوْ مَعْدِنٍ جَارٍ ، أَو كَلأٍ ، أَوْ شَجَرٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَهَلْ يَمْلِكُهُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

إذا ظهر فيه عين ماء ، فهو أحق بها ، وهل يملكه ؟ أطلق المصنف فيه روايتين وأطلقهما فى المذهب ، ومسبوك الذهب .

إحداهما : لايملك . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح ، والتصحيح ، وغيرهم .

وهذه عند المصنف ، وكثير من الأصحاب : أصح .

قال فى الهداية : وعنه فى الماء والكلأ لايملك . وهو اختيار عامة أصحابنا .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، وغيرهما .

والرواية الثانية : يملك . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة . واختاره أبو بكر عبد العزيز .

قال الحارثى : وهو الحق .

قال فى القواعد : وأكثر النصوص تدل على الملك .

وإذا ظهر فيه معدن جار فهو أحق به . وهل يملك بذلك ؟ فيه الروايتان .

قال الحارثى : مأخوذتان من روايتى ملك الماء . ولهذا صححوا عدم الملك هنا لأنهم صححوه هناك . انتهى .

وهذا المذهب ـ أعنى عدم ملكه بذلك ـ وصححه من صححه فى عدم الملك . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، والمحرر ، وغيرهما .

وعنه : يملك . قال الحارثي : وهو الصحيح . وجزم به فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

قال الحارثى : وهذا المنصوص . فيكون المذهب .

وإن ظهر كلأ أو شجر فهو أحق به ، وهل يملكه ؟

أطلق المصنف فيه روايتين . وأطلقهما فى المذهب .

إحداهما : لا يملك . وهو المذهب . نص عليه فى رواية إسحاق بن إبراهيم .

قال فى الهداية : عليه عامة أصحابنا .

قال الحارثى : وهذا أصح عند الأصحاب . منهم المصنف ، والشارح . قاله فى البيع من كتابه الكبير . ولم يورد أبو الفرج الشيرازى سواه . وصححه فى الشرح ، والتصحيح ، وغيرهما . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع . والمحرر ، وغيرهما .

والرواية الثانية : يملكه . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة .

قوله ﴿ وَمَا فَضَلَ مِنْ مائِهِ : لَزِمَهُ بَذْلُه لبهَائِمِ غَيْرِهِ ﴾

هذا الصحيح . لكن بشرط أن لا تجد البهائم ماء مباحاً ولم يتضرر بذلك . وهو من مفردات المذهب .

واعتبر القاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية ، وجماعة : اتصاله بالمرعى .

وظاهر كلام المصنف هنا ، وأبى الخطاب ، والمحرر ، وغيرهم : عدم اشتراط ذلك . وقدمه فى الفروع . وهو المذهب .

و بذل مافضل من مائه لزوماً من مفردات المذهب .

قوله ﴿ وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَذْلُهُ لِزَرْعِ غَيْرِهِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن ﴾ .

وأطلقهما فى المذهب ، والخلاصة ، والمحرر ، والشرح .

إحداهما : يلزمه . وهو المذهب .

قال فى الفروع : يلزمه على الأصح . لكن قال الإمام أحمد رحمه الله : إلا أن يؤذيه بالدخول ، أو له فيه ماء السماء ، فيخاف عطشاً . فلا بأس أن يمنعه .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب .

قال الحارثى : هذا الصحيح ، واختيار أكثر الأصحاب . منهم أبو الخطاب ، والقاضى أبو الحسين ، والشيرازى ، والشريفان ـ أبو جعفر ، والزيدى ـ وهو من مفردات المذهب .

قال الإمام أحمد : ليس له أن يمنع فضل ماء يمنع به الكلأ . للخبر .

قال فى القاعدة التاسعة والتسعين : هذا الصحيح .

والرواية الثانية : لا يلزمه . صححه فى التصحيح ، والقاضى فى الأحكام السلطانية ، وابن عقيل .

قال الحارثى : ومال إليه المصنف . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

وقال فى الروضة : يكره منعه فضل مائه ليسق به . للخبر .

فوائد

الأولى : حيث قلنا لا يلزمه بذله : جاز له بيعه بكيل ، أو زن معلوم . ويحرم بيعه مقدراً بمدة معلومة . خلافاً لمالك .

ويحرم أيضًا بيعه مقدراً بالرى ، أو جزافاً . قاله القاضى وغيره ، واقتصر عليه فى الفروع .

قال القاضى : وإن باع آصُعاً معلومة من سائح : جاز . كماء عين . لأنه معلوم ، وإن باع كل الماء : لم يجز . لاختلاطه بغيره .

الثانية : إذا حفر بئراً بموات للسابلة ، فالناس مشتركون فى مائها ، والحافر كأحدهم فى السقى ، والزرع ، والشرب . قاله الأصحاب . ومع الضيق يقدم الآدمى .

ثم الحيوان . قاله الأصحاب . منهم صاحب الرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . ثم زاد فى الفائق : ثم الزرع . وهو مراد غيره .

وقال فى التلخيص : ومع الضيق للحيوان ، ومع الضيق للآدمى . والظاهر أن النسخة مغلوطة .

الثالثة : لو حفرها ارتفاقاً ـ كحفر السفارة فى بعض المنازل ، وكالأعراب والتركمان ينتجعون أرضاً فيحتفرون لشربهم ، وشرب دوابهم ـ فالبئر ملك لهم . ذكره أبو الخطاب . وقدمه الحارثى ، وقال : هو أصح . وهو الصواب .

وقال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : لا يملكونها . وهو المذهب .

قال فى الفروع : فهم أحق بمائها ما أقاموا .

وفى الأحكام السلطانية : وعليهم بذل الفاضل لشاربه فقط . وتبعه فى المستوعب ، والتلخيص ، والترغيب ، والرعاية ، وغيرهم .

وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين .

فإن عاد المرتفقون إليها ، فهل يختصون بها ، أم هم كغيرهم ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى التلخيص ، والحارثى فى شرحه ، والفروع .

أحدهما : هم كغيرهم . واختاره القاضى فى الأحكام السلطانية .

والوجه الثانى : هم أحق بها من غيرهم . اختاره أبو الخطاب فى بعض تعاليقه

قال السامرى : رأيت بخط أبى الخطاب على هامش نسخة من الأحكام السلطانية ، قال : محفوظ ـ يعنى : نفسه ـ الصحيح : أنهم إذا عادوا كانوا أحق بها . لأنها ملكهم بالإحياء . وعادتهم أن يرحلوا فى كل سنة ، ثم يعودون . فلا يزول ملكهم عنها بالرحيل . انتهى .

قلت : وهو الصواب .

وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والفائق .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : فهو أولى بها فى أصح الوجهين .

الرابعة : لو حفر تملكا ، أو بملكه الحى : فنفس البئر ملك له . جزم به الحارثى وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى الرعاية : ملكها فى الأقيس .

قال فى الأحكام السلطانية : إن احتاجت طياً : ملكها بعده . وتبعه فى المستوعب ، وقال — هو وصاحب التلخيص — وإن حفرها لنفسه تملكها : فما لم يخرج الماء ، فهو كالشارع فى الإحياء . وإن خرج الماء استقر ملكه ، إلا أن يحتاج إلى طى ، فتمام الإحياء بطيها . انتهيا .

وتقدم : هل يملك الذى يظهر فيها أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَإحْيَاءُ الْأَرْضِ : أَنْ يَحُوزَهَا بِحَائِطٍ ، أَوْ يُجْرِىَ لَهَا مَاءً ، أَوْ يَحْفُرَ فيهاَ بِئْرًا ﴾ .

مراده بالحائط : أن يكون منيعاً . وظاهر كلامه : أنه سواء أرادها للبناء ، أو للزرع ، أو حظيرة للغنم والخشب ، ونحوهما . وهذا هو الصحيح من المذهب . نص عليه . وقطع به الخرقى ، وابن أبى موسى ، والقاضى ، والشريف أبو جعفر ، قاله الزركشى . وصاحب الهداية ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى المستوعب ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : إحياء الأرض : ماعد إحياء . وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء ، أو إجراء ماء . وهو رواية عن الإمام أحمد . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والشيرازى فى المبهج ، وابن الزاغونى ، والمصنف فى العمدة وغيرهم .

وعلى هذا قالوا : يختلف باختلاف غرض المحيي من مسكن وحظيرة وغيرهما . فإن كان مسكناً : اعتبر بناء حائط بما هو معتاد ، وأن يسقفه .

قال الزركشى : وعلى هذه الرواية : لا يعتبر أن يزرعها ويسقيها ، ولا أن

يفصلها تفصيل الزرع ، ويحوطها من التراب بحاجز ، ولا أن يقسم البيوت إذا كانت للسكنى ، فى أصح الروايتين وأشهرهما .

والأخرى : يشترط جميع ذلك . ذكرها القاضى فى الخصال . انتهى .

وذكر القاضى رواية بعدم اشتراط التسقيف . وقطع به في الأحكام السلطانية

قال الحارثى : وهو الصحيح .

قال فى المغنى ، والشرح : لا يعتبر فى إحياء الأرض للسكنى نصب الأبواب على البيوت .

وقيل : مايتكرر كل عام — كالسقى ، والحرث — فليس بإحياء ، ومالايتكرر فهو إحياء .

قال الحارثى : ولم يورد فى المغنى خلافه .

تنبيه : قوله « أو يجرى لها ماء » يعنى إحياء الأرض : أن يجرى لها ماء ، إن كانت لا تزرع إلا بالماء .

ويحصل الإحياء أيضاً بالغراس ويملكها به .

قال فى الفروع : ويملكه بغرس وإجراء ماء . نص عليهما .

فائدة : فإن كانت الأرض مما لا يمكن زرعها إلا بحبس الماء عنها — كأرض البطائح ونحوها — فإحياؤها بسد الماء عنها ، وجعلها بحال يمكن زرعها . وهذا مستثنى من كلام المصنف وغيره ، ممن لم يستثنه .

ولايحصل الإحياء بمجرد الحرث ، والزرع .

وقيل : للإمام أحمد رحمه الله : فإن كرب حولها ؟ قال : لايستحق ذلك حتى يحيط .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَ بِئْرًا عَادِيَّةً : مَلَكَ حَرِيمَهَا خَمْسِينَ ذِرَاعًا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَادِيَّةً ، فَحَرِيمُهَا خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا ﴾ .

يعنى من كل جانب فيهما . وهذا المذهب فيهما . نص عليه فى رواية حرب ، وعبد الله .

قال المصنف ، والشارح : اختاره أكثر الأصحاب .

قال فى التلخيص : هذا المشهور .

قال الحارثى : هذا المشهور عن أبى عبد الله . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال الزركشى : نص عليه .

واختاره الخرقي ، والقاضى فى التعليق ، والشريف ، وأبو الخطاب فى خلافيهما ، والشيرازى ، والشيخان ، وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . قال ناظمها :

بحفر بئر فى موات يملك   حريمها معها بذرع يسلك

فخمسة تملك والعشرون   وإن تكن عادية خمسون

وعنه : التوقف فى التقدير . نقله حرب . قاله القاضى ، وأبو الخطاب ، ومن تبعهم .

قال الحارثى : وهو غلط . قال : ولو تأملوا النص بكماله من مسائل حرب ، والخلال : لما قالوا ذلك .

وعند القاضى : حريمها قدر مَدّ رِشائها من كلّ جَانِبٍ .

واختاره ابن عقيل فى التذكرة . وذكر : أنه الصحيح .

قال فى التلخيص : اختاره القاضى ، وجماعة .

قال الحارثى : وأخشى أن يكون كلام القاضى هنا ماحكيناه فى المجرد الآتى الموافق لاختيار أبى الخطاب .

وقيل : قدر مايحتاج إليه فى ترقية مائها .

واختاره القاضي في المجرد ، وأبو الخطاب في الهداية .

قال المصنف في المغني ، والكافي ، والشارح . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : ليس هذا الذرع المذكور على سبيل التحديد ، بل حريمها على الحقيقة : ماتحتاج إليه من ترقية مائها منها . فإن كان بدولاب : فقدر مدار الثور ، أو غيره . و إن كان بسانية : فقدر طول البئر . و إن كان يستقى منها بيده : فقدر مايحتاج إليه الواقف عندها . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : إن كان قدر الحاجة أكثر : فهو حريمها .

وإن كان التحديد المذكور أكثر : فهو حريمها . ذكره القاضي في الأحكام السلطانية .

واختاره القاضي أبو الحسين ، وأبو الحسن بن بكروس .

وعند أبي محمد الجوزي : إن حفرها في موات : فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً من كل جانب . و إن كانت كبيرة : فخمسون ذراعا .

فائدة : البئر العادية ـ بتشديد الياء ـ هي القديمة . نقله ابن منصور . منسوبة إلى عاد . ولم يرد « عاداً » بعينها ، لكن لما كانت « عاد » في الزمن الأول ، وكانت لها آبار في الأرض : نسب إليها كل قديم .

وعند الشيخ تقي الدين رحمه الله ، العادية : هي التي أعيدت .

ونقل حرب ، وغيره : العادية هي التي لم تزل ، وأنه ليس لأحد دخوله . لأنه قد ملكه .

فوائد

منها : حريم العين خمسمائة ذراع . نص عليه من رواية غير واحد . وقاله القاضي في الأحكام السلطانية ، وابنه أبو الحسين ، وابن بكروس ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . قاله الحارثي . وقدمه في الرعايتين ، والفروع ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : قدر الحاجة ، ولو كان ألف ذراع . اختاره القاضي في المجرد ، وأبو الخطاب ، والمصنف في الكافي ، وغيرهم .

قال في الفروع : اختاره جماعة .

ومنها : حريم النهر من جانبيه : مايحتاج إليه لطرح كرايته ، وطريق شاويه ، وما يستضر صاحبه بتملكه عليه ، وإن كثر .

قال في الرعاية : وإن كان بجنبه مسناة لغيره : ارتفق بها في ذلك ضرورة . وله عمل أحجار طحن على النهر ، ونحوه ، وموضع غرس ، وزرع ، ونحوهما . انتهى .

وقال في الرعاية الصغرى : ومن حفر عيناً : ملك حريمها خمسمائة ذراع .

وقيل : بل قدر الحاجة .

قلت : وكذا النهر .

وقيل : بل مايحتاجه لتنظيفه . انتهى .

ومنها : حريم القناة . والمذهب : أنه كحريم العين ، خمسمائة ذراع . قاله الحارثي . وقال : واعتبره القاضي في الأحكام السلطانية بحريم النهر .

ومنها : حريم الشجر قدر مدّ أغصانها . قاله المصنف وغيره .

ومنها : حريم الأرض التي للزرع : ما يحتاجه في سقيها ، وربط دوابها ، وطرح سبخها ، وغير ذلك .

وحريم الدار من موات حولها : مطرح التراب ، والكناسة والثلج ، وماء الميزاب ، والممر إلى الباب .

ولا حريم لدار محفوفة بملك الغير .

ويتصرف كل واحد في ملكه ، وينتفع به ، على ماجرت العادة عرفا .

فإن تعدى : منع .

فائدتان

إحداهما : قال فى المغنى ، ومن تابعه : إن سبق إلى شجر مباح ـ كالزيتون ، والخروب ـ فسقاه وأصلحه . فهو أحق به ، كالمتحجر الشارع فى الإحيـاء . فإن طعمه : ملـكه . وحريمه : تهيؤه لما يراد منه .

الثانية : لو أذن لغيره فى عمله فى معدنه ، والخارج له بغير عوض : صح . لقول الإمام أحمد رحمه الله « بعه بكذا . فما زاد فلك » .

وقال المجد : فيه نظر . لـكونه هبة مجهول .

ولو قال : على أن يعطيهم ألفاً مما لقى ، أو مناصفة ، فالبقية له ؟ فنقل حرب : أنه لم يرخص فيه .

ولو قال : على أن مارزق الله بيننا : فوجهان . وأطلقهما فى الفروع ، والمغنى ، والشرح .

أحدهما : لا يصح . قدمه ابن رزين في شرحه .

قال الحارثى : أظهرهما الصحة .

قال القاضى : هو قياس المذهب . ولم يورد سواه . وذكر فيه نص الإمام أحمد رحمه الله إذا قال : صَفِّ لى هذا الزرع ، على أن لك ثلثه ، أو ربعه : أنه يصح . انتهى .

والوجه الثاني : لا يصح .

قوله ﴿ وَمَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتاً لم يَمْلِـكْهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الحارثى : المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله : عدم الاستقلال . انتهى . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية : أنه ما أفاده الملك . وهو الصحيح . انتهى .

قوله ﴿ وَهُوَ أَحَقُّ بِهِ . وَوَارِثُهُ بَعْدَهُ وَمَنْ يَنْقُلُهُ إِلَيْهِ ﴾ بلا نزاع .

و قوله ﴿ وَلَيْسَ لَه بَيْعُهُ ﴾ .

هو المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .

وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

وقيل : يجوز له بيعه . وهو احتمال لأبى الخطاب . وأطلقهما فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

تنبيه : قال الحارثى ـ عن القول الذى حكاه المصنف ـ قد يراد به : إفادة التحجر للملك . وقد يراد به : الجواز مع عدم الملك ، وهو ظاهر إيراد الكتاب ، و إيراد أبى الخطاب فى كتابه .

قال : والتجويز مع عدم الملك مشكل جداً . وهو كما قال .

فائدة : تحجر الموات : هو الشروع فى إحيائه ، مثل أن يدير حول الأرض ترابا أو أحجاراً ، أو يحيطها بجدار صغير ، أو يحفر بئراً لم يصل إلى مائها . نقله حرب . وقاله الأصحاب .

أو يسقى شجراً مباحاً ، و يصلحه ولم يركبه . فإن ركبه ملكه ، كما تقدم . وملك حريمه . وكذا لو قطع مواتاً لم يملكه ، على ما يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ فإنْ لم يُتِمَّ إحْيَاءَهُ ﴾ .

يعنى وطالت المدة ، كما صرح به القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهم . فيقال له : إما أن تحييه أو تتركه . فإن طلب الإمهال : أمهل الشهرين والثلاثة . وهكذا قال فى المستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع .

وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : و يمهل شهرين . وقيل : ثلاثة .

وقال فى الهداية ، والمذهب والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، وجماعة : أمهل الشهر والشهرين .

قال الحارثى : عليه المعظم .

قال فى الوجيز : ويمهل مدة قريبة بسؤاله . انتهى .

قلت : فلعل ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم .

ثم وجدت الحارثى قال : وتقدير مدة الإمهال يرجع إلى رأى الإمام ، من الشهر والشهرين والثلاثة ، بحسب الحال .

قال : والثلاثة انفرد بها المصنف هنا . وكأنه ماراجع المستوعب والشرح .

تنبيه : فائدة الإمهال : انقطاع الحق بمضى المدة على الترك .

قال فى المغنى : وإن لم يكن له عذر فى الترك ، قيل له : إما أن تعمر ، وإما أن ترفع يدك . فإن لم يعمرها كان لغيره عمارتها .

قال الحارثى : وهذا يقتضى أن ماتقدم من الإمهال مخصوص بحالة العذر ، أو الاعتذار . أما إن علم انتفاء العذر فلا مهلة .

قال : وينبغى تقييد الحال بوجود متشوف إلى الإحياء . أما مع عدمه : فلا اعتراض ، سوى ترك لعذر أولا . انتهى .

قوله ﴿ فإنْ أحْياهُ غيْرُهُ . فَهَلْ يَملِكُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى لو بادر غيره فى مدة الإمهال ، وأحياه . وأطلقهما فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والمغنى ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية .

إحداهما : لايملكه . صححه فى المذهب ، والنظم ، والتصحيح . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثاني : يملكه . اختاره القاضي ، وابن عقيل . قال الناظم : وهو بعيد

فائدتان

الأولى : لو أحياه غيره قبل ضرب مدة المهلة : لم يملكه . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وقيل : يملكه .

قال المصنف ، والشارح : حكم الإحياء قبل ضرب مدة المهلة حكم الإحياء فى مدة المهلة ، على تقدم . ويحتمله كلام المصنف .

وأما إذا أحياه الغير بعد انقضاء المهلة : فإنه يملكه . لا أعلم فيه خلافاً ، وتقدم ذلك .

الثانية : قال فى الفروع ـ بعد أن ذكر الخلاف المتقدم ـ ويتوجه مثله فى نزوله عن وظيفته لزيد . هل يتقرر غيره فيها ؟ .

وقال الشيخ تقى الدين رحمه الله ـ فيمن نزل له عن وظيفة الإمامة ـ لايتعين المنزول له . ويولى من إليه الولاية من يستحق التولية شرعاً .

وقال ابن أبى المجد : لايصح تولية غير المنزول له . فإن لم يقرره الحاكم ، وإلا فالوظيفة باقية للنازل . انتهى .

قلت : وقريب منه : ماقاله المصنف ، وتبعه الشارح ، وغيره فيما إذا آثر شخصاً بمكانه ، فليس لأحد أن يسبقه إليه . لأنه قام مقام الجالس فى استحقاق مكانه . أشبه مالو تحجر مواتاً . ثم آثر به غيره .

وقال ابن عقيل : يجوز . لأن القائم أسقط حقه بالقيام . فبقى على الأصل . فكان السابق إليه أحق به ، كمن وسع لرجل فى طريق فمر غيره . والصحيح الأول .

ويفارق التوسعة فى الطريق ، لأنها جعلت للمرور فيها . كمن انتقل من مكان فيها لم يبق له حق حتى يؤثر به ، والمسجد جعل للإقامة فيه . ولذلك

لايسقط حق المنتقل منه إذا انتقل لحاجة . وهذا إنما انتقل مؤثراً لغيره . فأشبه النائب الذى بعثه إنسان ليجلس فى موضع يحفظه له . انتهى .

قلت : الذى يتعين ماقاله الشيخ تقى الدين رحمه‌الله إلا إذا كان المنزول له أهلا ، ويوجد غير أهل . فإن المنزول له أحق ، مع أن هذا لايأباه كلام الشيخ تقى الدين .

قوله ﴿ وَللإِمَامِ إقْطَاعُ مَوَاتٍ لِمَنْ يُحْيِيهِ ، وَلَا يَمْلِكُهُ بالْإِقْطَاعِ ، بَلْ يَكُون كالْمُتَحَجِّرِ الشَّارِعِ فِى الْإِحْيَاء ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : وقال مالك رحمه الله : يثبت الملك بنفس الإقطاع ، يبيع ويهب ، ويتصرف ، ويورث عنه . قال : وهو الصحيح . إعمالا لحقيقة الإقطاع . وهو التمليك .

فائدتاد

إحداهما : للإمام إقطاع غير الموات تمليكا وانتفاعاً ، للمصلحة دون غيرها .

الثانية : قسم الأصحاب الإقطاع إلى ثلاثة أقسام : إقطاع تمليك ، وإقطاع استغلال ، وإقطاع إرفاق .

وقسم القاضى إقطاع التمليك : إلى موات ، وعامر ، ومعادن .

وجعل إقطاع الاستغلال على ضربين : عُشر ، وخراج .

وإقطاع الإرفاق : يأتى فى كلام المصنف .

قوله ﴿ وَلَه إقْطَاعُ الْجُلُوسِ فِى الطُّرُقِ الوَاسِعَةِ وَرِحَابِ الْمَسْجِدِ ، مَا لم يُضَيِّقْ عَلَى النَّاسِ .فيَحْرُمُ ، وَلاَ تُمْلَكُ بالإحْيَاء ﴾ بلا نزاع ﴿ وَيَكونُ الْمُقْطَعُ أَحَقَّ بالْجُلُوسِ فيهَا ، مَا لم يَعُدْ فيهِ الإمَامُ ﴾ .

تنبيه : تجويز المصنف إقطاع الجلوس برحاب المسجد : اختيار منه لكونها ليست مسجداً ، لامتناع ذلك فى المسجد . واختيار الخرقى ، والمجد . قاله الحارثى .

وتقدم : هل رحبة المسجد من المسجد أو لا ؟ فى باب الاعتكاف .

قوله ﴿ فإن لم يُقْطِعْهَا ، فَلِمَنْ سَبَقَ إليْهَا الْجُلُوسُ فيها . وَيَكُونُ أَحَقَّ بِهَا ، مَا لم يَنْقُلْ قِمَاشَهُ عَنْهَا ﴾ هذا المذهب .

أعنى : أنها من المرافق ، وأن له الجلوس فيها ما بقى قماشه .

قال فى الفروع : ومع عدم إقطاع : للسابق الجلوس . على الأصح ، ما بقى قماشه . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والرعاية ، وغيرهم .

وعنه : ليس له ذلك . وعنه : له ذلك إلى الليل .

قال الحارثى : ونقل القاضى ـ فى الأحكام السلطانية ـ : رواية بالمنع من الجلوس فى الطرق الواسعة . للتعامل فيها ، فلا تكون من المرافق .

قال : والأول أصح .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يفتقر فى الجلوس فى هذه الأمكنة إلى إذن الإمام فى ذلك . وهو صحيح . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام أكثر الأصحاب .

قال فى القواعد : هذا قول الأكثر .

قال الحارثى : هذا المذهب .

وقيل : يفتقر إلى إذن . وهو رواية حكاها فى الأحكام السلطانية . ذكره فى القاعدة الثامنة والثمانين . وأطلقهما فى الفروع .

فائدتان

إحداهما : لو أجلس غلامه أو أجنبياً ، ليجلس هو إذا عاد إليه : فهو كما لو ترك المتاع فيه . لاستمرار يده بمن هو فى جهته . ولو آثر به رجلا ، فهل للغير السبق إليه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا . اختاره المصنف .

والثانى : نعم .

قال الحارثى : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وتشبه هذه المسألة ماذكرنا فى آخر باب الجمعة « لو آثر بمكانه شخصاً فسبقه غيره » على ماتقدم هناك .

الثانية : له أن يظلل على نفسه بما لاضرر فيه ، من بارية وكساء ونحوه . وليس له أن يبنى دكة ولا غيرها .

قوله « فإن أَطَالَ الجُلُوسَ فِيهاَ ، فهَلْ يُزَالُ ؟ على وجهين » .

وأطلقهما فى المذهب ، والكافى ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، والفروع .

أحدهما : لايزال . صححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وهو ظاهر ماجزم به فى المنور .

قال الحارثى : وهذا اللائق بأصول الأصحاب . حيث قالوا بالإقطاع .

والوجه الثانى : يزال .

قال الحارثى : هذا أظهرهما عندهم .

قال فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : منع فى أصح الوجهين .

قال فى القواعد : وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، فى رواية حرب . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، وشرح ابن رزين

قوله « فإنْ سَبَقَ اثْنَان : أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا » .

هذا المذهب بلا ريب . وجزم به فى الخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والمحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وشرح الحارثى ، والقواعد الفقهية ، وتجريد العناية وغيرهم .

قال الحارثى : هذا المذهب .

﴿ وقيل : يُقدِّمُ الإمامُ مَنْ يَرَى مِنْهما ﴾ .

وهو وجه حكاه القاضى فمن بعده . وأطلقهما فى التلخيص ، والمذهب ، والشرح .

وكذا الحكم لو استبقا إلى موضع فى رباط مسبل أو خان ، أو استبق فقيهان إلى مدرسة ، أو صوفيان إلى خانقاه . ذكره الحارثى . وتبعه فى القواعد . وقال : هذا يتوجه على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما فى المدارس والخوانق المختصة بوصف معين . لأنه لايتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر .

فأما على الوجه الآخر — وهو توقف الاستحقاق على تنزيله — فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات .

وقد يقال : إنه يترجح بالقرعة مع التساوى . انتهى .

قوله ﴿ وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مَعْدِنٍ ، فَهُوَ أَحَقُّ بما ينَالُ مِنْهُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : من أخذ من معدن فوق حاجته منع منه . ذكره فى الرعاية الكبرى .

قال فى المغنى ، والشرح : فإن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه ، بحيث يمنع غيره : منع من ذلك .

قوله ﴿ وَهَلْ يُمْنَعُ إذَا طَالَ مُقَامُهُ ؟ ﴾ يعنى الآخذ ﴿ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

أطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق ،

أحدهما : لا يمنع . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى المستوعب ، والتلخيص ، والصحيح : أنه لا يمنع مادام آخذاً .

قال الحارثى : أصحهما لا يمنع . وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الوجيز .

والوجه الثانى : يمنع . وقدمه فى الهداية ، والرعاية الصغرى ، والحاوى .

وقيل : يمنع مع ضيق المكان .

قال الحارثى : قطع به ابن عقيل .

فائدة : لو استبق اثنان فأكثر إلى معدن مباح . فضاق المكان عن أخذهم جملة واحدة ، فالصحيح من المذهب : أنه يقرع بينهم .

قال فى الرعاية الصغرى : وإن سبق إليه اثنان معا ، وضاق بهما : اقترعا . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والقواعد الفقهية .

وقيل : يقدم الإمام من شاء . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وقيل : بالقسمة .

قال فى المغنى ، والشرح : وذكر القاضى وجهاً رابعاً . وهو أن الإمام ينصب من يأخذ ويقسم بينهما .

وقال القاضى أيضاً : إن كان أحدهما للتجارة ، هايأهما الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى . لأنه يطول .

وإن كان للحاجة . فاحتمالات ، أحدها : القرعة . والثانى : ينصب من يأخذ لهما ثم يقسم . والثالث : يقدم من يراه أحوج وأولى .

وقال فى الرعاية الكبرى : وإن سبق أحدهما قدم . فإن أخذ فوق حاجته : منع . وقيل : لا .

وقيل : إن أخذه للتجارة هايأ الإمام بينهما . وإن أخذه لحاجة فأربعة أوجه : المهايأة ، والقرعة ، وتقديم من يرى الإمام وأن ينصب من يأخذه ، ويقسمه بينهما . انتهى .

وذكر فى الفروع الأوجه الأربعة من تتمة قول القاضى .

قوله ﴿ وَمَنْ سَبَقَ إِلَى مُبَاحٍ ـ كَصَيْدٍ ، وَعَنْبَرٍ ، وَسَمَكٍ ، وَلُؤْلُؤٍ ، وَمَرْجَانٍ ، وَحَطَبٍ ، وَثَمَرٍ ، وَمَا يَنْتَبِذُهُ النَّاسُ ﴾ رغبة عنه ﴿ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ﴾ .

وكذا لو سبق إلى ماضاع من الناس مما لا تتبعه الهمة ، وكذا اللقيط ، وما يسقط من الثلج والمنّ ، وسائر المباحات ، فهو أحق به . وهذا بلا نزاع .

قوله ﴿ وَإِنْ سَبَقَ إِلَيْهِ اثْنَانِ : قُسِمَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الفروع : وهو الأصح . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال فى القواعد الفقهية : فأما إن وقعت أيديهما على المباح : فهو بينهما بغير خلاف . و إن كان فى كلام بعض الأصحاب مايوهم خلاف ذلك ، فليس بشىء . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : يقترعان . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يقدم الإمام أيهما شاء .

وقال الحارثى : ثم إن أبا الخطاب ـ فى كتابه ـ قيد اقتسامهما بما إذا كان الأخذ للتجارة .

ثم قال : و إن كان للحاجة احتمل ذلك أيضاً . واحتمل أن يقرع بينهما . واحتمل أن يقدم الإمام من يرى منهما .

وتابعه عليه السامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهما .

وهذا عندى غلط . فإن المباح إذا اتصل به الأخذ : استقر الملك عليه ، ولا بد . لوجود السبب المفيد له ، مع أن القرعة لم ترد فى هذا النوع ، ولا شىء منه .

وكيف يختص به أحدهما مع قيام السبب بكل واحد منهما ؟ .

نعم : قد يجرى ماقال فيما إذا ازدحما عليه ليأخذاه .

ثم قال : والصواب ما اقتصر عليه المصنف ، من الاقتسام مع عدم الفرق بين التجارة ، والحاجة . انتهى .

تنبيه : فعلى المذهب . قال الحارثى : إنما يتأتى هذا فى المنضبط الداخل تحت اليد ، كالصيد ، والسمك ، واللؤلؤ ، والمرجان ، والمنبوذ .

أما مالا ينضبط – كالشعرا وثمر الجبل – : فالملك فيه مقصور على القدر المأخوذ ، قل أو كثر . انتهى .

فائدة : وكذا الحكم فى السبق إلى الطريق . قاله فى الفروع وغيره .

وقال الأدمى البغدادى : بالقسمة هنا .

فائدتان

إحداهما : لو ترك دابته بفلاة ، أو مهلكة ، ليأسه منها ، أو عجزه عن علفها : مَلَكها آخذها . على الصحيح من المذهب . نص عليه من رواية صالح ، وابن منصور . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، وغيرهما . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : لا يملكها . وهو وجه ، خرجه ابن أبى موسى ، كالرقيق ، وترك المتاع عجزاً ، بلا نزاع فيهما .

ويرجع بالنفقة على الرقيق ، وأجرة حمل المتاع ، على الصحيح من المذهب . نص عليه ، وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : لا يرجع . وهو وجه ذكره القاضى . أخذاً من انتفاء الأخذ فى اللقطة . وهو رواية فى العبد . ذكرها أبو بكر .

الثانية : لو ألقى متاعه فى البحر خوف الغرق . فقال الحارثى : نص الإمام أحمد فى المتاع يقتضى : أن مايلقيه ركاب السفينة مخافة الغرق باق على ملكهم . انتهى . وهو أحد الوجهين .

وقيل : يملكه آخذه . قدمه فى الفائق . وهو احتمال فى المغنى . وصححه فى

النظم . وقدمه فى الرعايتين . وذكره فى آخر اللقطة . وأطلقهما فى الفروع ، والحاوى الصغير .

فعلى الوجه الأول : لآخذه الأجرة ، على الصحيح . وقيل : لا أجرة له .

قوله ﴿ وَإِذَا كَانَ المَاءَ فِي نَهْرٍ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، كَمِيَاهِ الْأَمْطَارِ . فَلِمَنْ فِي أَعْلَاهُ أَنْ يَسْقِيَ وَيَحْبِسَ ، حَتَّى يَصِلَ المَاءُ إِلَى كَعْبِهِ ، ثُمَّ يُرْسِلَ إِلَى مَنْ يَلِيهِ ﴾ .

الماء إذا كان جارياً ، وهو غير مملوك . لا يخلو : إما أن يكون نهراً عظيما ـ كالنيل والفرات ، ودجلة ، وما أشبهها ـ أو لا .

فإن كان نهراً عظيما : فهذا لاتزاحم فيه . ولكل واحد أن يسقى منه ماشاء متى شاء ، كيف شاء .

وإن كان نهراً صغيراً ، يزدحم الناس فيه ، ويتشاحون فى مائه ، أو سيلاً يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه : فإنه يبدأ بمن فى أول النهر فيسقى . ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه . نص عليه . ثم يرسل إلى من يليه كذلك . وعلى هذا إلى أن تنتهى الأراضى كلها . فإن لم يفضل عن الأول شىء ، أو عن الثانى ، أو من يليهم : فلا شىء للباقين .

فإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة . منها ماهو مستعل . ومنها ما هو مستفل : سقى كل واحدة منهما على حدتها . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم . وقطعوا به .

وقال فى الترغيب : إن كانت الأرض العليا مستفلة : سدها إذا سقى ، حتى يصعد إلى الثانى .

فائدتان

إحداهما : لو استوى اثنـان فى القرب من أول النهر : اقتسما الماء بينهما ، إن أمكن . وإن لم يمكن : أقرع بينهما . فيقدم من قرع .

فإن كان المـاء لا يفضل عن أحدهما : سقى من تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ، ثم يتركه للآخر . وليس له أن يسقى بجميع الماء ، لمساواة الآخر له . وإنما القرعة للتقدم ، بخلاف الأعلى مع الأسفل . فإنه ليس للأسفل حق إلا فى الفاضل عن الأعلى . قاله المصنف ، وغيره . وهو واضح .

وإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر : قسم الماء بينهما على قدر الأرض .

الثانية : لو احتاج الأعلى إلى الشرب ثانياً ، قبل انتهاء سقى الأراضى : لم يكن له ذلك . قدمه الحارثى ونصره .

وقال القاضى : له ذلك .

قوله ﴿ فَإِنْ أَرَادَ إِنْسَانٌ إِحْيَاءَ أَرْضٍ ، بِسَقْيِهَا مِنْهُ : جَازَ . ما لم يَضُرَّ بأَهْلِ الْأَرْضِ الشَّارِبَةِ مِنْهُ ﴾ .

إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك ، أو سيل . فجاء إنسان ليحيى مواتاً أقرب إلى رأس النهر من أرضهم : لم يكن له أن يسقى قبلهم ، على المذهب .

واختار الحارثى : أن له ذلك . قال : وظاهر الأخبـار المتقدمة وعمومها : يدل على اعتبار السبق إلى أعلى النهر مطلقا .

قال : وهو الصحيح .

وهل لهم منعه من إحياء ذلك الموات ؟ على وجهين . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق .

أحدهما : ليس لهم منعه من ذلك .

قال الحارثى : وهو أظهر . وقدمه ابن رزين فى شرحه . وجزم به فى الكافى

والوجه الثانى : لهم منعه .

قال الحارثى : وهو المفهوم من إيراد الـكتاب .

فعلى الأول : لو سبق إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك . فأحيي فى أسفله مواتاً ثم أحيى آخر فوقه ، ثم أحيى ثالث فوق الثانى : كان للذى أحيى السقى أولاً . ثم الثانى ، ثم الثالث . فيقدم السبق إلى الإحياء على السبق إلى أول النهر . وعلى ما اختاره الحارثى ينعكس ذلك .

فائدة : لو كان الماء بنهر مملوك ، كمن حفر نهراً صغيراً ساق إليه الماء من نهر كبير . فما حصل فيه ملكه ، على الصحيح من المذهب .

ويجىء على قولنا « إن الماء لايملك » أن حكم هذا الماء فى هذا النهر : حكمه فى نهر غير مملوك .

قلت : وفيه نظر . لأنه بدخوله فى نهره : كدخوله فى قريته ، وراويته ، ومصنعه .

وعند القاضى ، ومن وافقه : أن الماء باق على الإباحة ، كما قبل الدخول ، إلا أن مالك النهر أحق به .

فعلى المذهب : لوكان لجماعة ، فهو بينهم ، على حسب العمل والنفقة .

فإن كفى جميعهم : فلا كلام . وإن لم يكفهم ، وتراضوا على قسمته بالمهايأة ، أو غيرها : جاز .

فإن تشاحوا فى قسمته : قسمه الحاكم بينهم على قدر أملاكهم .

فيأخذ خشبة صلبة ، أو حجراً مستوى الطرفين والوسط . فيوضع على موضع مستوى من الأرض فى مصدم الماء . فيه حزوز ، أو ثقوب متساوية فى السعة على قدر حقوقهم . يخرج من حزٍّ أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم . فإذا حصل فى ساقيته : فله أن يسقى به ماشاء من الأرض ، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر أو لم يكن . وله أن يعطيه من يسقى به . هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، ونصراه .

وقدمه أيضاً فى المحرر ، والمغنى ، والنظم ، والفروع . وغيرهم فى باب القسمة .

ويأتى بعض ذلك مصرحاً به فى كلام المصنف فى باب القسمة .

وقال القاضى : ليس له سقى أرض لها رسم شرب من هذا الماء . انتهى .

ولـكل واحد من الشركاء أن يتصرف فى ساقيته المختصة به بما أحب : من عمل رحىً عليها ، أو دولاب ، أو عبَّارة ـ وهى خشبة تمد على طريق النهر ـ أو قنطرة يعبر الماء فيها ، وغير ذلك من التصرفات .

فأما النهر المشترك : فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشىء من ذلك .

قاله المصنف ، وابن عقيل ، والقاضى ، والشارح ، وغيرهم .

وقال القاضى ، وابن عقيـل : هل له أن ينصب عبارة يجرى الماء فيها من موضع آخر ؟ على روايتين . نص عليهما فيمن أراد أن يجرى ماءه فى أرض غيره ليسقى زرعه ، وكان به حاجة إليه ، هل يجوز ؟ على روايتين .

زاد ابن عقيل : الأصح المنع . وكذا قال المصنف .

قال المصنف ، والشارح . والصحيح : أنه لايجوز هنا . ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء فى أرض غيره .

قوله ﴿ وَمَا حَمَاهُ النبى صلى الله عليه وسلم : فَلَيْسَ لِأَحَدٍ نَقْضُهُ ﴾ بلا نزاع .

وسواء كان النبى صلى الله عليه وسلم حماه لنفسه أو لغيره . وهذا مع بقاء الحاجة إليه . ومن أحيا منه شيئاً لم يملـكه .

لـكن لوزالت الحاجة إليه . فَهَل يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ فيه وَجْهَان .

أحدهما : لا يجوز . وهو الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وجزم به فى الوجيز وغيره . وصححه المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق

وقيل : يجوز نقضه والحالة هذه .

قوله ﴿ وَمَا حَمَاهُ غَيْرُهُ مِنَ الأَئِمَّة ، فَهَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ ؟ على وجهين ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

أحدهما : يجوز نقضه . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والفائق . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المحرر ، والفروع .

والوجه الثانى : لايجوز نقضه .

فعلى هذا الوجه : يملكه محييه . على الصحيح . صححه فى الفائق . وجزم به فى الكافى .

قال الشارح : وهو أولى .

وقيل : لايملكه . وأطلقهما فى المغنى ، والمحرر ، والفروع ، والرعاية .

قال فى الفروع : ويتوجه فى نقض الإطلاقات الخلاف .

ونقل حرب : القطائع جائز . وأنكر شديداً قول مالك رحمه الله : لا بأس بقطائع الأمراء .

وقال : يزعم أنه لابأس بقطائعهم .

وقال فى رواية يعقوب : قطائع الشام ، والجزيرة — من المكروهة — كانت لبنى أمية . فأخذها هؤلاء .

ونقل محمد بن داود : ما أدرى ، ماهذه القطائع ؟ يخرجونها ممن شاءوا .

قال أبو بكر : لأنه يملكها من أقطعها . فكيف تخرج منه ؟

باب الجعالة

فائدة قوله ﴿ وَهِيَ أَن يَقُولَ : مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، أَوْ لُقطتي ، أَوْ بَنَى لِي هَذَا الْحَائِطَ . فَلَهُ كَذَا ﴾ .

قال فى الرعاية : وهى أن يجعل زيد شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملا معلوماً ، أو مجهولا مدة مجهولة .

قال الحارثى : وهى فى اصطلاح الفقهاء : جعل الشىء من المال لمن يفعل أمر كذا .

قال : وهذا أعم مما قال المصنف . لتناوله الفاعل المبهم والمعين ، وما قال لايتناول المعين . انتهى .

قلت : لكنه يدخل بطريق أولى .

تنبيه : قوله « من رد عبدى » يقتضى صحة العقد فى رد الآبق .

وسيأتى آخر الباب : أن لرد الآبق جعلا مقدراً بالشرع .

فالمستفاد إذن بالعقد : مازاد على المقدر المشروع .

فوجود الجعالة يوجب أكثر الأمرين ــ من المقدر والمشروط ــ قاله الحارثى .

وظاهر كلام الأكثر : أنه لايستحق إلا ماشرطه له ، وإن كان أقل من دينار . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

فائدة : الجعالة نوع إجارة لوقوع العوض فى مقابلة منفعة . وإنما تميز بكون الفاعل لايلتزم الفعل ، وبكون العقد قد يقع مبهما لامع معين . ويجوز فى الجعالة الجمع بين تقدير المدة والعمل ، على الصحيح من المذهب .

وقيل : لا ، كالإجارة .

وتقدم ذلك فى الإجارة أيضاً .

قوله ﴿ فَمَنْ فعلَهُ بَعْدَ أَنْ بلَغَهُ الجُعْلُ : اسْتَحَقَّه ﴾ بلا نزاع .

فإن كانوا جماعة فهو بينهم بالسوية .

وإن بلغه فى أثنائه : استحق بالقسط .

فإن تلف الجعل : كان له مثله ، إن كان مثلياً ، وإلاقيمته . على الصحيح من المذهب .

وقال فى التبصرة : إذا عين عوضاً ملكه بفراغ العمل . فلو تلف فله أجرة المثل .

فائدة : لو رده من نصف الطريق المعينة ، أوقال : من ردَّ عبدىَّ ، فرد أحدهما : فله نصف الجعل . وإن رده من ثلث الطريق : استحق الثلث . ومن ثلثى الطريق : استحق الثلثين .

فيستحق إذا رده من أقرب من الموضع الذى عينه بالقسط .

وإن رده من مسافة أبعد من المعينة . فله المسمى لاغير . ذكره فى التلخيص . وتبعه فى الرعاية وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

قوله ﴿ وَتَصِحُّ عَلَى مُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ ، وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ . إِذَا كَانَ العِوَضُ مَعْلُومًا ﴾ .

يشترط أن يكون العوض معلوماً ، كالأجرة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن تصح الجعالة مع الجهل بالعوض ، إذا كان الجهل لايمنع التسليم . نحو أن يقول « من رد عبدى الآبق . فله نصفه ، ومن رد ضالتى فله ثلثها » .

قال الإمام أحمد رحمه الله : إذا قال الأمير فى الغزو « من جاء بعشرة رءوس فله رأس » جاز .

وقالوا : إذا جعل جعلا لمن يدله على قلعة أو طريق سهل ، وكان الجعل من مال الكفار ، كجارية بعينها : جاز . فيخرج هنا مثله . انتهى .

وقال الحارثى : يشترط كون الجعل معلوماً .

فإن شرط عوضاً مجهولا فسد العقد .

وإن قال : فلك ثلث الضالة ، أو ربعها : صح ، على مانص عليه فى الثوب ينسج بثلثه ، والزرع يحصد ، والنخل يصرم بسدسه : لا بأس به . وفى الغزو : من جاء بعشرة أروس ، فله رأس : جاز .

وعند المصنف : لا يصح . وللعامل أجرة المثل . والأول المذهب .

وذكر المصنف فى أصل المسألة وجهاً بجواز الجهالة التى لا تمنع التسليم . ونَظَّر بمسألة الثلث . واستشهد بنصه الذى حكيناه فى الغزو ، وبما إذا جعل جعلاً لمن يدله على قلعة ، أو طريق سهل ، وكان الجعل من مال الكفار : جاز أن يكون مجهولا ، كجارية يعينها للعامل . قال : فيخرج هنا مثله . انتهى .

وقد قطع فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، مع اشتراطهم أن يكون الجعل معلوماً . فظاهره : أن جعل جزء مشاع من الضالة : ليس بمجهول .

فائدة : إذا كانت الجهالة تمنع التسليم : لم تصح الجعالة . قولا واحداً . ويستحق أجرة المثل مطلقاً . وكذا إن كانت لا تمنع التسليم على المذهب ، كما تقدم . وله أجرة المثل .

فائدة : لو قال « من داوى لى هذا حتى يبرأ من جرحه أو مرضه أو رمده . فله كذا » لم يصح مطلقاً . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . واختاره القاضى .

وقيل : تصح جعالة . اختاره ابن أبى موسى ، والمصنف . نقله الزركشى فى الإجارة .

وقيل : تصح إجارة .

قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى أَصْلِ الْجُعْلِ أَوْ قَدْرِهِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الجَاعِلِ ﴾ .

هذا المذهب فى قدره . وعليه جمهور الأصحاب .

قال القاضى : هذا قياس المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يتحالفان فى قدر الجعل ، قياساً على اختلاف الأجير والمستأجر فى قدر الأجرة . وهذا احتمال للقاضى . وتبعه من بعده على ذلك . وهو تخريج فى الرعاية .

فعليه : يفسخ العقد ، وتجب أجرة المثل .

تنبيه : قال الحارثى — فى شرحه — فى قول المصنف « فالقول قول الجاعل » تجوز منه . فإنه ليس بجاعل فيما إذا اختلفا فى أصل الجعالة . انتهى .

قلت : إنما حكم بكونه جاعلا فى المسألتين فى الجملة .

أما فى اختلافهم فى قدر الجعل : فهو جاعل بلا ريب .

وأما فى اختلافهم فى أصل الجعل : فليس بجاعل بالنسبة إلى نفسه ، وهو جاعل بالنسبة إلى زعم غريمه .

فعلى الأول : يكون من باب إطلاق اللفظ المتواطىء إذا أريد به بعض محاله . وهو كثير شائع فى كلامهم ، على ماتقدم فى كتاب الطهارة .

فائدة : وكذا الحكم لو اختلفا فى قدر المسافة .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَمَنْ عَمِلَ لِغَيْرِهِ عَمَلاً بِغَيْرِ جُعْلٍ : فَلاَشَىْءَ لَهُ ﴾ ولو كان العمل تخليص متاع غيره من فلاة ، ولو كان هلاكه فيه محققاً ، أو قريباً منه — كالبحر ، وفم السبع — وهو قول القاضى فى المجرد . وله احتمال بذلك فى غير المجرد ، وهو ظاهر كلام جماعة من الأصحاب .

والصحيح من المذهب المنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه يستحق أجرة مثله فى ذلك . بخلاف اللقطة . وعليه الأصحاب .

وكذلك لو انكسرت السفينة . فخلص قوم الأموال من البحر . فإنه يجب لهم الأجرة على الملاك . ذكره فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين وغيرهم .

وألحق القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة بذلك : العبد إذا خلصه من فلاة مهلكة . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ذكره فى باب إحياء الموات .

وتقدمت الإشارة إلى ذلك هناك .

وحكى القاضى احتمالا فى العبد : بعدم الوجوب كاللقطة .

وأورد فى المجرد على نص الإمام أحمد رحمه الله ـ فيمن خلص من فم السبع شاة ، أو خروفاً ، أو غيرهما ـ أنه لمالكه الأول . ولا شىء للمخلص .

وقال المجد فى مسودته : وعندى أن كلام الإمام أحمد رحمه الله على ظاهره فى وجوب الأجرة على تخليص المتاع من المهالك ، دون الآدمى . لأن الآدمى أهل فى الجملة لحفظ نفسه .

قال فى القاعدة الرابعة والثمانين : وفيه نظر . فقد يكون صغيراً أو عاجزاً ، وتخليصه أهم وأولى من المتاع . وليس فى كلام الإمام أحمد تفرقة . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو تلف ما خلصه من هلكة : لم يضمنه منقذه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمنه . حكاه فى التلخيص .

قال فى القاعدة الثالثة والأربعين : وفيه بعد .

الثانية : متى كان العمل فى مال الغير إنقاذاً له من التلف المشرف عليه : كان جائزاً . كذبح الحيوان المأكول إذا خيف موته . صرح به فى المغنى ، والشرح ،

وشرح ابن رزين ، وغيرهم . واقتصر عليه فى آخر القاعدة الرابعة والسبعين .
وقال : ويفيد هذا أنه لايضمن مانقص بذبحه .

تنبيه : مراد المصنف وغيره : بقولهم « ومن عمل لغيره عملا بغير جعل فلا شىء له » غير المعد لأخذ الأجرة .

فأما المعد لأخذها : فله الأجرة قطعاً . كالملاح ، والمكارى ، والحجام ، والقصار ، والخياط ، والدلال ، ونحوهم ممن يرصد نفسه للتكسب بالعمل . فإذا عمل : استحق أجرة المثل . نص عليه .

وتقدم بعض ذلك فى باب الإجارة .

قوله ﴿ إلاَّ فِى رَدِّ الآبِقِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

وعنه : لا شىء لراده من غير جعالة . اختاره المصنف ، وقال : هو ظاهر كلام الخرقى .

ونازع الزركشى المصنف فى كون هذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله ، أو أنه ظاهر كلام الخرقى .

قوله ﴿ فَإِنَّ لَهُ بِالشَّرْعِ دِينَارًا ، أَوِ اثنَى عَشَرَ دِرْهَماً ﴾ .

هذا المذهب . قال فى الرعاية ، وشرح الحارثى ، وغيرهما : وسواء كان يساويهما أو لا ، وسواء كان زوجاً أو ذا رحم ، فى عيال المالك أو لا . قاله الحارثى .
وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة والمحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم .

وعنه : إن رده من خارج المصر : فله أربعون درهما ، قربت المسافة أو بعدت قال المصنف ، وتبعه الشارح ، والفائق : اختاره الخلال .

وعنه : من المصر : عشرة . قال الخلال : استقرت عليه الرواية .

قال القاضي : هذه رواية واحدة . وجزم به ابن البنا فى خصاله ، وصاحب عيون المسائل ، وقال : الرواية الصحيحة من خارج المصر : دينار أو عشرة دراهم .

قال فى الفائق : ولو ردّ الآبق : فله – بغير شرط – عشرة دراهم .

وعنه : اثنى عشر .

وعنه : أربعون درهما من خارج المصر .

قال الزركشي : فى المغنى إذا رده من المصر دينـار ، أو عشرة دراهم . وفى الـكافى دينار ، أو اثنى عشر درهما . وفى رواية أخرى : دينار .

وفى خلافى الشريف ، وأبى الخطاب ، والجامع الصغير : دينار أو اثنى عشر درهماً فى رواية . وفى أخرى : عشرة دراهم . انتهى .

وتقدم كلام القاضي ، وابن البنا ، والحلوانى .

وقال الحـارثى : إذا رده من داخل المصر : فله عشرة دراهم قولا واحداً . نص عليه فى رواية حرب ، وقال : لا أعلم نصاً بخلافه .

وفى كتاب الروايتين للقاضي : لا تختلف الرواية : أنه إذا جاء به من المصر أن له عشرة دراهم .

وقاله ابن أبى موسى فى الإرشاد .

ونقله أبو بكر فى زاد المسافر ، والتنبيه .

وقاله القاضي أيضاً فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . ولم يوردوا سواه .

قال : فأما فى المقنع ، والهداية ، والمستوعب ، والفروع لأبى الحسين ، والأعلام لابن بكروس ، والمحرر ، وغيرهم : من التقدير بالدينار أو اثنى عشر . وفى داخل المصر : كما فى خارجه ، فلا يثبت .

وأصل ذلك كله : قول القاضي فى الجـامع الصغير « من ردّ آبقاً : استحق ديناراً ، أو اثنى عشر درهما . سواء جاء به من المصر أو خارج المصر فى إحدى

الروايتين . والأخرى : إن جاء به من المصر : استحق عشرة دراهم . وإن جاء به من خارج المصر : استحق أربعين درهما » .

فمنهم : من حكى ذلك كله . ومنهم : من اختص العشرة فى المصر ، بناء على أنها معنى الدينار ، وأن الدينار قد يُقَوَّم بالعشرة والإثنى عشر . فيكون داخلا فى الرواية الأولى .

قال : وهذا الذى قاله القاضى من استحقاق الدينار ، أو الإثنى عشر فى المصر : لا أصل له فى كلام الإمام أحمد رحمه الله ألبتة . ولا دليل عليه . انتهى كلام الحارثى .

قلت : وفيه نظر . لأن ناقل هذه الرواية هو القاضى . وهو الثقة الأمين فى النقل بل هو ناقل غالب روايات المذهب . ولا يلزم من عدم اطلاع الحارثى على هذه الرواية أن لا تكون نقلت عن الإمام أحمد ، خصوصاً وأنه قد تابعه هؤلاء الأعلام المحققون .

تنبيه : دخل فى عموم كلام المصنف : لو رده الإمام . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

ونقل حرب : إن رده الإمام ، فلا شىء له . وجزم به ابن رجب فى قواعده وقال : وذلك لانتصابه للمصالح . وله حق فى بيت المال على ذلك .

وكذا قال الحارثى . وقطع به . وتقدم نظيرها فى عامل الزكاة .

قوله ﴿ وَيَأْخُذُ مِنْهُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ فِى قُوتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه ، وسواء قلنا : باستحقاق الجعل أم لا . جزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى الفروع وغيره .

وقال ابن رجب فى قواعده : وجزم به الأكثرون من غير خلاف .

قال الزركشى : هذا المشهور .

وخرج المصنف قولا : بأنه لا يرجع .

وقيل : لا يرجع إلا إذا أنفق بنية الرجوع . واختاره فى الرعاية .

واشترط أبو الخطاب ، والمجد فى المحرر : العجز عن استئذان المالك . وضعفه المصنف رحمه الله .

ولا يتوقف الرجوع على تسليمه ، بل لو أبق قبل ذلك : فله الرجوع بما أنفق عليه . نص عليه فى رواية عبد الله . وصرح به الأصحاب .

فوائد

إحداها : علف الدابة كالنفقة .

الثانية : لو أراد استخدامه بدل النفقة ، ففى جوازه روايتان . حكاهما أبو الفتح الحلوانى فى الكفاية ، كالعبد المرهون . وذكرهما فى الموجز ، والتبصرة .

والصحيح من المذهب : أنه لا يجوز ذلك فى العبد المرهون . فكذا هنا بطريق أولى . والله أعلم .

تنبيه : أفادنا المصنف جواز أخذ الآبق لمن وجده . وهو صحيح . لأنه لا يؤمن عليه أن يلحق بدار الحرب ويرتد ، أو يشتغل بالفساد فى البلاد . بخلاف الضوال التى تحفظ نفسها .

إذا علم ذلك ، فهو أمانة فى يده إذا أخذه . إن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه . وإن وجد صاحبه دفعه إليه ، إذا اعترف العبد أنه سيده ، أو أقام به بينة .

فإن لم يجد سيده دفعه إلى الإمام أو نائبه . فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة فيه .

وليس لواجده بيعه ، ولا تملكه بعد تعريفه . لأنه يتحفظ بنفسه . فهو كضوال الإبل . ذكره المصنف ، والشارح .

وقولهما « يتحفظ بنفسه » دليل على أنهما أرادا الكبير . لأن الصغير لا يتحفظ بنفسه .

ويأتى فى باب اللقطة .

فإن باعه الإمام أو نائبه لمصلحة رآها ، فجاء سيده ، فاعترف أنه كان أعتقه : قبل قوله . على الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين .

وقيل : لا يقبل . وهو احتمال فى المغنى ، والشرح .

وأطلقهما فى الفروع ، والحارثى . ذكره فى اللقطة .

الثالثة : العبد وغيره أمانة فى يده . لاضمان عليه إلا أن يتعدى . نص عليه . على ماتقدم .

الرابعة : أم الولد والمدبر كالقن فيما تقدم . إذا جاء بهما إلى السيد .

فإن مات قبل وصولهما إليه : فلا جعل . لأنهما يعتقان بالموت . فالعمل لم يتم ، بخلاف النفقة . فإنه يرجع بما أنفق حال الحياة . والله أعلم بالصواب .

وتقدم أن المنصوص : أنه يستحق الأجرة بتخليص متاع غيره من مهلكة .

باب اللقطة

فائدة : قوله ﴿ وَهِيَ المَالُ الضّائعُ مِنْ رَبِّهِ ﴾ .

هو تعريف لمعناها الشرعى . وكذا قال غيره .

قال الحارثى : وعلى هذا سؤالان .

أحدهما : قد يكون الملتقَط غير ضائع . كالمتروك قصداً لأمر يقتضيه . ومنه المال المدفون ، والشىء الذى يترك ثقة به ، كأحجار الطحن ، والخشب الكبار .

والثانى : أنهم اختلفوا فى التقاط الكلب المعلم .

فعلى القول بالتقاطه : يكون خارجا عما ذكر .

ومن قال من الأصحاب لايلتقط : إنما قال لأجل كونه ممتنعاً بنابه . لا لأنه غير مال .

قال الحارثى : ويعصم من السؤال : أن يضاف إلى الحد « ما جرى مجرى المال » .

قوله ﴿ وَتَنْقَسِمُ ثَلاثَةَ أَقْسَامٍ . أَحَدُهَا : مَالاَ تَتْبَعُهُ الهِمَّةُ ﴾ .

يعنى : همة أوساط الناس ، ولو كثر . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

ومثله المصنف (بالسوط والشِّسْع والرَّغيف) .

ومَثَّله فى الإرشاد ، وتذكرة ابن عقيل ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب . وجماعة : بالتمرة والكسرة ، وشسع النعل . وما أشبهه .

ومثله فى المغنى « بالعصا والحبل » وما قيمته كقيمة ذلك .

قال الحارثى « مالا تتبعه الهمة » نص الإمام أحمد رحمه الله فى رواية عبد الله ، وحنبل : أنه ما كان مثل التمرة ، والكسرة ، والخرقة ، ومالا خطر له . فلا بأس .

وقال فى رواية ابن منصور : الذى يُعرَّف من اللقطة : كل شىء ، إلا مالا قيمة له

وسئل الإمام أحمد رحمه الله فى رواية حرب : الرجل يصيب الشسع فى الطريق : أيأخذه ؟ قال : إذا كان جيداً مما لايطرح مثله . فلا يعجبنى أن يأخذه . وإن كان رديئاً قد طرحه صاحبه : فلا بأس .

قال الحارثى : فكلام الإمام أحمد رحمه الله : لايوافق ماقال فى المغنى . ولا شك أن الحبل ، والسوط ، والرغيف : يزيد على التمرة ، والكسرة .

قال : وسائر الأصحاب ، على ماقال الإمام أحمد رحمه الله فى ذلك كله . ولا أعلم أحداً وافق المصنف ، إلا أبا الخطاب فى الشسع فقط . انتهى .

قال فى الرعاية : وما قل ، كتمرة ، وخرقة ، وشسع نعل ، وكسرة . وقيل : ورغيف . انتهى .

فحكى فى الرغيف : الخلاف .

وقيل : هو مادون نصاب السرقة .

قال فى الكافى : ويحتمل أن لا يجب تعريف مالا يقطع فيه السارق .

وقيل : هو مادون قيراط ، من عين أو وَرِق . اختاره أبو الفرج فى المبهج والإيضاح . ورده المصنف .

وذكر القاضى ، وابن عقيل : لايجب تعريف الدانق .

قال الحارثى : والظاهر أنه عنى دانقاً من ذهب .

وكذا قال صاحب التلخيص .

قال فى الرعاية : وقيل : بل مافوق دانق ذهب .

وقال أيضاً : وعنه يعرف الدرهم فأكثر .

فائدة : لو وَجَدَ كُنَاسَ ـ أو نخال ، أو مقاش ـ قطعاً صغاراً متفرقة : ملكها بلا تعريف ، وإن كثرت .

قوله ﴿ فَيُمْلَكُ بِأَخْذِهِ بِلاَ تَعْرِيفٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله .

وعنه : يلزمه تعريفه . ذكرها أبو الحسين .

وقيل : يلزمه تعريفه مدة يظن طلب ربه له . اختاره فى الرعاية .

فوائد

منها : ماقاله فى التبصرة : إن الصدقة بذلك أولى .

ومنها : أنه لايلزمه دفع بدله إذا وجد ربه . على الصحيح من المذهب .

وقوة كلام المصنف هنا : تقتضيه لقوله « فيملك بأخذه بلاتعريف » وقدمه فى الفروع .

وقال فى التبصرة : يلزمه .

قال فى الفروع : وكلامهم فيه يحتمل وجهين .

وقيل : للإمام أحمد رحمه الله : فى التمرة يجدها ، أو يلقيها عصفور ، أيأكلها ؟ قال : لا . قال : أيطعمها صبياً ، أو يتصدق بها ؟ قال : لايعرض لها .

نقلها أبو طالب ، وغيره . واختاره عبد الوهاب الوراق .

ومنها : لايعرف الكلب إذا وجده ، بل ينتفع به إذا كان مباحاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يعرف سنة . ويأتى قريبا .

قوله ﴿ الثَّانِي : الضَّوَالُّ التى تَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السِّبَاعِ – كَالإِبِلِ وَالْبَقَرِ ، وَالْخَيْلِ ، وَالبِغَالِ ، وَالظِّبَاءِ ، وَالطَّيْرِ ، وَالْفُهُودِ وَنَحْوِهَا – فَلاَ يَجُوزُ الِتقَاطُهَا ﴾ بلا نزاع .

فوائد

منها : الصحيح من المذهب : أن الحمر مما يمتنع من صغار السباع . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : قاله الأصحاب .

قال الحارثى : هو قول القاضى فى آخرين . وجزم به فى الرعايتين ، وغيرهما .

وقدمه فى الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

وألحق المصنف الحمر بالشاة ونحوها .

قال الحارثى : وهو أولى .

ومنها : قال الحارثى : اختلف الأصحاب فى الكلب المعلم . فأدخله المصنف فيما يمتنع التقاطه ، كما اقتضاه ظاهر لفظه هنا . وصريح لفظه فى المغنى . اعتباراً بمنعته بنابه .

وجوز التقاطه القاضى ، وغيره . وهو أصح . لأنه لا نص فى المنع . وليس فى معنى الممنوع . وفى أخذه حفظه على مستحقه . أشبه الأثمان وأولى ، من جهة أنه ليس مالا . فيكون أخف .

وعلى هذا : هل ينتفع به بعد حول التعريف ؟ فيه وجهان . وفيهما طريقان .

إحداهما : بناء الخلاف على الخلاف فى تملك الشاة بعد الحول . وهى طريقة القاضى .

والأخرى : بناء الانتفاع على التملك لما يتملك بعد الحول . وبناء منع الانتفاع : أنه لا يضمن لما ضاع منه بالقيمة لو تلف . لانتفاء كونه مالاً ، فيؤدى إلى الانتفاع مجانا ، وهو خلاف الأصل . انتهى كلام الحارثى .

ومنها : يجوز للامام ونائبه : أخذ ما يمتنع من صغار السباع وحفظه لربه . ولا يلزمه تعريفه . قاله الأصحاب .

ولا يكتفى فيها بالصفة . قاله المصنف ، وغيره . واقتصر عليه فى الفروع .

ولا يجوز لغيرهما أخذ شىء من ذلك لحفظه لربه . على الصحيح من المذهب

وقال المصنف ، ومن تبعه : يجوز أخذها إذا خيف عليها ، كما لو كانت فى

أرض مَسْبعَة ، أو قريباً من دار الحرب ، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين ، أو فى برية لا ماء فيها ولا مرعى . ولا ضمان على آخذها ، لأنه إنقاذ من الهلاك .

قال الحارثى : وهو كما قال . وجزم به فى تجريد العناية .

قلت : لو قيل بوجوب أخذها ، والحالة هذه : لكان له وجه .

ومنها : قطع المصنف ، والشارح : بجواز التقاط الصيود المتوحشة ، التى إذا تركت : رجعت إلى الصحراء . بشرط أن يعجز عنها صاحبها . واقتصر عليه الحارثى

قلت : فيعايى بها .

وظاهر ماقدمه فى الفروع : عدم الجواز .

قلت : وهو ضعيف . لكنه إنما حكى ذلك عنه : فى طير متوحشة .

وكلام المصنف أعم من ذلك .

ومنها : قال ابن عقيل فى الفصول ، والمصنف ، والشارح ، والزركشى ، وجماعة : أحجار الطواحين ، والقدور الضخمة ، والأخشاب الكبيرة ، ونحوها : ملحقة بالإبل فى منع الالتقاط .

قال المصنف ، والشارح : بل أولى .

قال الحارثى : فظاهر كلام غير واحد من الأصحاب : جواز الالتقاط . وكذا نصه فى رواية حنبل .

وهو ظاهر ماجزم به فى الفروع فى الخشبة الكبيرة .

قوله ﴿ وَمَنْ أَخَذَهَا ضَمِنَهَا ﴾ .

يعنى : إذا تلفت . ويضمن نقصها إذا تعيبت .

لكن إتلافها ، لايخلو : إما أن يكون قد كتمها ، أو لا .

فإن كان ما كتمها وتلفت : ضمنها كغاصب .

وإن كان كتمها حتى تلفت : ضمنها بقيمتها مرتين . على المذهب . نص عليه فى رواية ابن منصور ، إماماً كان أو غيره .

واختاره أبو بكر ، وغيره . وجزم به فى المحرر ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز ، والفائق ، وغيرهم .

قال الحارثى : وقال به غير واحد .

قال فى الفروع : ويضمنه كغاصب ، ونصه — وقاله أبو بكر — يضمن ضالة مكتومة بالقيمة مرتين ، للخبر .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى نَائِبِ الإِمَامِ زَالَ عَنْهُ الضَّمَانُ ﴾ بلا نزاع .

قال الحارثى : هـذا ينبنى على أن لنائب الإمام أخذها ابتداء للحفظ . وهو شىء قاله متأخرو أهل المذهب : القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى ، والمصنف ، وغيرهم .

وكذا لو أمره بردها إلى موضعها ، وردها : برئ . قاله فى الفروع وغيره .

الثانية : إذا أخذها الإمام ، أو نائبه منه : لم يلزمه تعريفها . قاله الأصحاب .

قوله ﴿ الثَّالِثُ : سَائِرُ الأَمْوَالِ ، كَالأَثْمَانِ ، وَالْمَتَاعِ ، وَالْغَنَمِ وَالْفُصْلاَنِ وَالْعَجَاجِيلِ ، وَالأَفْلاَءِ ﴾ .

يعنى : يجوز التقاطها . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال فى الفائق : قلت : وكذا مريض لا ينبعث ، ولو كان كبيراً .

وعنه — فى شاة ، وفصيل ، وعجل ، وفَلُو — لا يجوز التقاطه . ذكرها المصنف ، وغيره .

قال الزركشى : وعنه لا يلتقط الشاة ونحوها إلا الإمام . وأطلقهما فى الهداية والمذهب ، والمستوعب .

وذكر أبو الفرج فى العرض رواية لا يلتقطه .

تنبيه : شمل كلام المصنف : العبد الصغير ، والجارية . وهو صحيح .

قال فى الرعاية : والعبد الصغير كالشاة . وكذا كل جارية تحرم على الملتقط . وجزم به فى الوجيز .

قال الحارثى : وصغار الرقيق مطلقاً يجوز التقاطه . ذكره القاضى ، وابن عقيل واقتصر على ذلك .

وقيل : لا يملك بالتعريف .

قال القاضى : هذا قياس المذهب .

قال المصنف فى المغنى : وهذه المسألة فيها نظر . فإن اللقيط محكوم بحريته . فإن كان ممن لايعبر عن نفسه فأقر بأنه مملوك : لم يقبل إقراره . لأن الطفل لاقول له . ولو اعتبر قوله فى ذلك لاعتبر فى تعريفه سيده . انتهى .

وتقدم كلام المصنف فى آخر الباب الذى قبله . وفيه إشارة إلى أن الصغير يملك بالتعريف .

قوله ﴿ وَمَنْ أَمِنَ نَفْسَهُ عَلَيْهَا ، وَقَوِيَ عَلَى تَعْرِيفِهَا . فَلَهُ أَخْذُهَا . وَالأَفْضَلُ : تَرْكُهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو من المفردات .

وعند أبى الخطاب : إنْ وَجَدَهَا بِمَضْيَعَةٍ . فَالأَفْضَلُ أَخْذُهَا .

قال الحارثى : وهذا أظهر الأقوال .

قلت : وهو الصواب .

وخرج بعض الأصحاب من هذا القول : وجوب أخذها . وهو قوى فى النظر

تنبيه : ظاهر قوله « وقوى على تعريفها » أن العاجز عن التعريف لَيْسَ لَهُ أَخْذُهَا .

وهو صحيح . وكذا الحكم إن لم يأمن نفسه عليها .

ولا يملكها بالتعريف . على الصحيح من المذهب . وفيه وجه يملكها . ذكره فى المغنى ، وغيره .

فائدة : لو أخذها بنية الأمانة ، ثم طرأ قصد الخيانة . قال فى التلخيص : يحتمل وجهين .

أحدهما : لا يضمن ، كما لا يضمن لو كان أودعه .

قال الحارثى : وهذا اختيار المصنف . وهو الصحيح . انتهى .

والثانى : يضمن .

قال فى التلخيص : وهو الأشبه بقول أصحابنا فى التضمين بمجرد اعتقاد الكتمان . ويخالف المودع . فإنه مسلط من جهة المالك . انتهى .

وتقدم نظير ذلك فى الوديعة قبل قوله « وإن أودعه صبى وديعة »

وأطلقهما فى الفروع حكاية عن صاحب الترغيب .

قوله ﴿ وَمَتَى أَخَذَهَا ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا ، أَوْ فَرَّطَ فِيهَا : ضَمِنَهَا ﴾

اعلم أنه إذا التقطها ، ثم ردها إلى موضعها ، فلا يخلو : إما أن تكون مما يجوز التقاطه أو لا .

فإن كانت مما يجوز التقاطه : ضمنها ، إلا أن يأمره الحاكم أو نائبه بذلك . فإنه لا يضمن بلا نزاع . كما تقدم .

وإن كانت مما لا يجوز التقاطه إذا رده ، فلا يخلو : إما أن يكون بإذن الإمام ، أو نائبه ، أو لا .

فإن كان بإذن أحدهما : لم يضمن .

وإن كان بغير إذن : فالصحيح من المذهب : أنه يضمن . وقدمه فى الفروع

وقيل : لا يضمن . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح .

فعلى المذهب : يزول عنه الضمان لو أخذها ودفعها إلى الإمام أو نائبه .

فائدة : لو أخذ من نائم شيئاً : لم يبرأ منه إلا بتسليمه له بعد انتباهه . وكذلك الساهى .

قوله ﴿ وَهِيَ عَلَى ثَلاثَةِ أَضْرُب . أَحَدُهَا : حَيَوَانٌ . فَيُخَيَّرُ بَيْنَ أَكْلِهِ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ وَبَيْنَ بَيْعِهِ وَحِفْظِ ثَمَنِهِ . وَبَيْنَ حِفْظِهِ وَالإنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ ﴾ .

قال المصنف ، وتبعه الشارح : لم يذكر أصحابنا له تعريفاً ، ومراده : إذا استوت الثلاثة عنده .

أما إذا كان أحدهما أحظ : فإنه يلزمه فعله .

قال فى الفروع : ويفعل الأحظ لمالكه .

قال الحارثى : وفى المجرد ، والفصول « فى باب الوديعة : أن كل موضع وجب عليه نفقة الحيوان ، فحكمه حكم الحاكم . إن رأى من المصلحة بيعها وحفظ ثمنها ، أو بيع البعض فى مؤنة ما بقى » أو أن يستقرض على المالك ، أو يؤجر فى المؤنة : فعل . انتهى .

وقال فى الترغيب : لا يبيع بعض الحيوان .

وأفتى أبو الخطاب ، وابن الزاغونى بأكله بمضيعة ، بشرط ضمانه ، وإلا لم يجز تعجيل ذبحه . لأنه يُطلب .

وقال أبو الحسين ، وابن عقيل فى الفصول ، وابن بكروس : لا يتصرف قبل الحول فى شاة ونحوها بأكل ولا غيره . رواية واحدة ، ونحوه قول أبى بكر .

قال فى زاد المسافر : وضالة الغنم إذا أخذها يعرفها سنة . وهو الواجب . فإذا مضت السنة ، ولم يعرف صاحبها : كانت له مثل ما التقط من غيرها .

قال الحارثي : وقد قال الشريفان ـ أبو جعفر، والزيدي ـ لا تملك الشاة قبل الحول . رواية واحدة .

وكذا حكى السامري ، قال : إن كانت اللقطة حيواناً يجوز أخذه كالغنم . وما حكمه حكمها : لم يملكها قبل الحول .

قال الزركشي : وظاهر كلام الخرقي : أن الحيوان يعرَّف كغيره . وهو مقتضى كلام صاحب التلخيص ، وأبي البركات وغيرهما

قال الحارثي : وهذا ينفي اختيار الأكل . لأنه تملك عاجل . وهذا ـ أعني الحفظ من غير تخيير ـ هو الصحيح . فكان قبل ذلك أولى الأمور : الحفظ مع الإنفاق . ثم البيع وحفظ ثمنه . ثم الأكل وغرم القيمة . انتهى .

وقال ناظم المفردات :

والشاة في الحال ولو في المصر تملك بالضمان إن لم يُبْرِ

قوله ﴿ وَهَلْ يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما روايتان في المجرد ، والفصول ، والمغني ، والشرح ، والمستوعب ، وغيرهم وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والمستوعب ، والزركشي .

أحدهما : يرجع إذا نوى الرجوع . وهو المذهب . نص عليه . وصححه في التصحيح .

قال الحارثي : والأصح الرجوع . والرجوع هو المنصوص في الآبق . والآبق من نحو الضالة . وجزم به في الوجيز والإرشاد .

قال أبو بكر : يرجع مع ترك التعدي . فإن تعدى لم يحسب له .

والوجه الثاني : لا يرجع .

قال في القاعدة الخامسة والسبعين : إن كانت النفقة بإذن حاكم رجع ، وإن لم تكن بإذنه ففيه الروايتان .

يعنى : اللتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره بغير إذنه ، ونوى الرجوع .

والصحيح من المذهب : الرجوع على ماتقدم فى باب الضمان . فكذا هنا .

قال ابن رجب : ومنهم من رجح هنا عدم الرجوع . لأن حفظها لم يكن متعيناً ، بل كان مخيراً بينه و بين بيعها وحفظ ثمنها .

وذكر ابن أبى موسى : أن الملتقط إذا أنفق غير متطوع بالنفقة ، فله الرجوع بها . و إن كان محتسباً ، ففى الرجوع روايتان .

قال فى المستوعب : إن كان بإذن حاكم ، فله الرجوع . و إن أنفق بغير إذنه ، ولم يُشهد بالرجوع : فهو متطوع . و إن أنفق محتسباً بها ، وأشهد على ذلك . فهل يملك الرجوع ؟ على روايتين .

قوله ﴿ الثَّانِى : مَا يُخْشَى فَسَادُهُ ، فَيُخَيَّرُ بَيْنَ بَيْعِهِ وَأَكْلِهِ ﴾ .

يعنى : إذا استويا . و إلا فعل الأحظ . كما تقدم .

قال فى الفروع : وله أكل الحيوان وما يخشى فساده بقيمته . قاله أصحابنا .

وقال فى المغنى : يقتضى قول أصحابنا « إن العروض لاتملك » أنه لايأكل ، ولكن يخير بين الصدقة و بين بيعه . وذكر نصاً يدل على ذلك . انتهى .

قال الحارثى : مالا يبقى .

قال المصنف فيه ، والقاضى ، وابن عقيل : يتخير بين بيعه وأكله . كذا أوردوا مطلقاً .

وقيد أبو الخطاب بما بعد التعريف . فإنه قال : عرفه بقدر ما يخاف فساده ، ثم هو بالخيار .

قال : وقوله « بقدر ما يخاف فساده » وهم . و إنما هو بقدر مالا يخاف .

قلت : وتابع أبا الخطاب على هذه العبارة فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، وجماعة .

ومشى على الصواب فى الخلاصة . فقال : عرفه مالم يخش فساده .

قال الحارثى : والمذهب الإبقاء ، مالم يفسد من غير تخيير ، على مامر نصه فى الشاة . وهو الصحيح . فإذا دنا الفساد فروايتان .

إحداهما : التصدق بعينه مضموناً عليه .

والثانية : البيع وحفظ الثمن .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهما الحارثى .

وقال ابن أبى موسى : يتصدق بالثمن . انتهى .

ومع تعذر البيع أو الصدقة يجوز له أكله . وعليه القيمة .

تنبيه : حيث قلنا : يبـاع . فإن البائع الملتقط . على الصحيح من المذهب ، سواء كان يسيراً أو كثيراً ، تعذر الحاكم أو لا .

وعنه : يبيع اليسير ، ويرفع الـكثير إلى الحاكم .

وعنه : يبيعه كله إن فقد الحاكم ، وإلا رفعه إليه .

فائدة : لو تركه حتى تلف ضمنه .

قوله ﴿ إلاّ أنْ يُمكِنَ تجْفِيفُهُ ـ كالعِنَبِ ـ فَيَفعَلُ مايَرَى فيهِ الحَظَّ لِمَالِـكِهِ ﴾ .

أى من التجفيف والبيع والأكل . وصرح به المصنف فى المغنى ، والـكافى ولم يجعل له القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والسامرى : الأكل . لأنه يملك قبل انقضاء التعريف فيما يبقى . وهو خلاف الأصل . واقتصروا على الأحظ من التجفيف والبيع .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وقال : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ـ من رواية مهنا ، وإسحاق ـ التسوية بين هذا النوع والذى قبله .

وكذا كلام ابن أبى موسى . قال : فيجرى فيه مامر من الخلاف . انتهى.

قوله ﴿ وَيُعَرِّفُ الْجَمِيعَ ﴾ يعنى : وجوباً ﴿ بِالنِّدَاءِ عَلَيْهِ فِى مَجَامِعِ النَّاسِ ـ كَالأَسْوَاقِ ، وَأَبْوَابِ المسَاجِدِ فِى أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ـ حَوْلاً كَامِلاً : مَنْ ضَاعَ مِنْهُ شَىْءٌ أَوْ نَفَقَةٌ ﴾ .

وهذا بلا نزاع فى الجملة .

ووقت التعريف : النهار . ويكون فى الأسبوع الأول : فى كل يوم .

قال فى الترغيب ، والتلخيص ، والرعاية ، وغيرهم : ثم مرة فى كل أسبوع من شهر . ثم مرة فى كل شهر .

وقيل : على العادة بالنداء . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .

قلت : وهو الصواب . ويكون ذلك على الفور .

وقيل : يعرفها بقرب الصحراء إذا وجدها فيها .

قال فى الرعاية الكبرى : قلت فى أقرب البلدان منه .

تنبيه : شمل قوله « ويعرف الجميع » الحيوان وغيره . وهو أحد القولين .

وتقدم : أن أبا بكر ، وأبا الحسين ، وابن عقيل ، وابن بكروس ، والشريفين ، وغيرهم . قالوا : لايتصرف فى شاة ولا فى غيرها قبل الحول ، رواية واحدة .

ونقل أبو طالب : تعرف الشاة . وذكره أبو بكر وغيره .

وقال فى الفروع : أكثر الأصحاب لم يذكروا للحيوان تعريفاً .

وتقدم أيضاً : أن ما يخشى فساده يعرف بمقدار مالا يخاف فساده عند أبى الخطاب ، وابن الجوزى ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، والخلاصة ، وغيرهم

قال الحارثى : والأصح أنها تعرف حولاً .

تنبيه : ظاهر قوله « وأبواب المساجد » أنه لا يعرفها فى نفس المساجد . وهو صحيح . بل يكره . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع .

وقال فى عيون المسائل : يحرم . وقاله ابن بطة فى إنشادها .

فائدة : لو أخر التعريف عن الحول الأول ، مع إمكانه : أثم . وسقط التعريف . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وخرج عدم السقوط من نصه على تعريف مايوجد من دِفْن المسلمين . وهو وجه ذكره فى المغنى .

قال الحارثى : وهو الصحيح .

فيأتى به فى الحول الثانى . أو يكمله إن أخل ببعض الأول .

وعلى كلا القولين : لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول . وكذا لو ترك التعريف فى بعض الحول الأول لا يملكها بالتعريف بعده .

وفى الصدقة به الروايتان اللتان فى العروض .

أما إن ترك التعريف فى الحول الأول لعجزه عنه ـ كالمريض والمحبوس ، أو لنسيان ونحوه ، أو ضاعت ـ فعرفها الثانى فى الحول الثانى . فقيل : يسقط التعريف ، ولايملكها . قدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح ابن رزين .

وقيل : يملكها ، ولايسقط التعريف . وأطلقهما فى المغنى . والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق .

قوله ﴿ وَأُجْرَةُ المُنَادِى عَلَيْهِ ﴾ .

يعنى على الملتقط . وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جمهور الأصحاب .

قال الحارثى : هذا المذهب مطلقاً . وجزم به فى المنتخب ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق ، والفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : مَالاَ يُمْلَكُ بِالتَّعْرِيفِ ، وَمَا يُقْصَدُ حِفْظُهُ لِمَالِكِهِ : يَرْجِعُ بِالأُجْرَةِ عَلَيْهِ ﴾ .

قلت : وهو الصواب .

وقال ابن عقيل « ما لا يملك بالتعريف » يرجع عليه بالأجرة .

وذكر فى الفنون : أنه ظاهر كلام أصحابنا .

وقيل : على ربها مطلقاً .

وعند الحلوانى ، وابنه : الأجرة من نفس اللقطة . كما لو جفف العنب ونحوه .

وقيل : من بيت المال . فإن تعذر أخذها الحاكم من ربها .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ تُعَرَّفْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ بَعْدَ الْحَوْلِ حُكْمًا كَالْمِيرَاثِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال فى عيون المسائل : هذا الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام الخرقى وصححه فى النظم وغيره .

قال الزركشى : نص عليه فى رواية الجماعة . واختاره الجمهور .

قال الحارثى : المذهب أن الملك قهرى . يثبت عند انقضاء الحول ، كالإرث .

وقدمه فى الكافى ، وشرح ابن رزين ، والشرح ، والتلخيص ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم .

وعند أبى الخطاب : لا يملكه حتى يختار . وهو رواية ذكرها فى الواضح ، فيتوقف على الرضى ، كالشراء . وأطلقهما فى المحرر .

تنبيه : قدم المصنف أن لقطة الحرم كغيرها وهو الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : عدم الفرق هو المشهور فى المذهب ، واختيار أكثر الأصحاب . ونص عليه .

قال الزركشى : هو اختيار الجمهور . وقدمه فى المحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . واختاره ابن أبى موسى ، والمصنف ، والشارح ، وصاحب النهاية وغيرهم وهو ظاهر كلام الخرقى .

وعنه لا تملك لقطة الحرم بحال . اختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله . وغيره من المتأخرين .

قال فى الفائق أيضاً : وهو المختار .

قال الحارثى : وهو الصحيح . وأطلقهما فى المحرر .

قال فى الانتصار : ونقل عنه ما يدل على أن اللقطة لا تملك مطلقاً .

قال الزركشى : قلت وهو غريب لا تفريع عليه ، ولا عمل .

وعنه يتملكها فقير غير ذوى القربى .

قال فى الفائق : وعنه لا يملك ، لكن يأكله بعد الحول مع فقره . نقله حنبل وأنكره الخلال .

تنبيه : قدم المصنف : أن غير الأثمان كالأثمان . وهو إحدى الروايتين . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال فى عيون المسائل : هذا الصحيح من المذهب . وصححه الناظم . واختاره ابن أبى موسى ، والمصنف ، وغيرهما .

قال فى الفائق : وهو المختار .

قال ابن رزين : هذا الأظهر .

وقدمه فى الكافى ، والمحرر ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم . وجزم به فى العمدة ، والوجيز ، والمنور .

﴿ وعن الإمامِ أحمدَ : لا يَملكُ إلا الأثمانَ . وهى ظَاهِرُ المذْهَبِ ﴾ .

وكذا قال فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى الرعاية الكبرى : هذا أشهر .

قال فى الخلاصة ، والرعاية الصغرى : وتملك الأثمان . ولا تملك العروض ، على الأصح . انتهيا .

واختاره أبو بكر ، والقاضى ، وابن عقيل وغيرهم .

قال المصنف ، والشارح ، والحارثى ، وصاحب الفروع : اختاره أكثر الأصحاب .

قال القاضى : نص عليه فى رواية الجماعة . وقدمه فى الرعاية ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . وجزم به ناظم المفردات . فقال :

ملتقط الأثمـــان مذ عرَّفها   حولا فقهر ذا الغِنَى يملكها

قال الزركشى : وعنه ـ وهى المشهورة فى النقل والمذهب عند عامة الأصحاب ـ : أن الشاة ونحوها تملك دون العروض . انتهى .

قوله ﴿ وَهَلْ لَهُ الصَّدَقَةُ بِغَيْرِهَا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْن ﴾ .

يعنى على القول بأنه لا يملك غير الأثمان .

وعلى هذا ، قال الأصحاب ـ القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم ـ إن شاء سلم إلى الحاكم وبرئ . وإن شاء لم يسلم وعرفها أبداً .

قال فى الفروع : وظاهر كلام جماعة : لاتدفع إليه . وهل له الصدقة بها ؟ على روايتين .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمحرر ، والنظم ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، وشرح الحارثى هنا .

إحداهما : له الصدقة به بشرط الضمان . وهو المذهب .

قال الخلال : كل من روى عن الإمام أحمد رحمه الله روى عنه : أنه يعرفها سنة و يتصدق بها .

قال فى الفائق : هو المنصوص أخيراً . وقدمه فى المستوعب ، والفروع .

قال فى القاعدة السادسة بعد المائة : يتصدق عنه ، على الصحيح من المذهب

والرواية الثانية : ليس له ذلك . بل يعرفها أبداً . نقله عنه طاهر بن محمد .

واختاره أبو بكر فى زاد المسافر ، وابن عقيل . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

قال الحارثى ، فى الغصب عند قوله « وإن بقيت فى يده غصوب » والمذهب أنه لايتصدق . انتهى .

لكن قال الخلال : هذا قول قديم رجع عنه ، وكل من روى عنه روى عنه : أنه يعرفها سنة ، ويتصدق بها .

وذكر أبو الخطاب رواية : أنه إن كان يسيراً باعه وتصدق به . وإن كان كثيراً : رفعه إلى السلطان . وقال : نقله مهنا . ورده المجد . ذكره فى القاعدة السابعة والتسعين .

وتقدمت هذه المسألة فى كلام المصنف ونظائرها فى أواخر الغصب ، عند قوله « وإن بقيت فى يده غصوب لايعرف أربابها » .

تنبيه : تلخص لنا مما تقدم فى هذه المسألة : أن الصحيح من المذهب : أن اللقطة تدخل فى ملكه قهراً ، كالميراث ، حيث قلنا « تملك » وأن الصحيح من المذهب : التسوية بين لقطة الحرم وغيرها .

وأن أكثر الأصحاب قالوا : لايملك غير الأثمان . وهو المشهور عنه . وهو المذهب .

لكن على المصطلح الذى تقدم فى الخطبة : يكون المذهب الملك فى الكل قهراً .

فائدة : قال فى الفروع : يتوجه الروايتان المتقدمتان اللتان فى الصدقة فى غير الأثمان : أن يأتيا فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يعرف ربه .

فائدتان

إحداهما : لو التقط اثنان ، وعرَّفا : ملكاها .

وعلى القول بالاختيار : لو اختار أحدهما فقط : ملك النصف ، ولا شىء لصاحبه .

الثانية : لو رأى اللقطة اثنان . فقال أحدهما للآخر : هاتها . فأخذها لنفسه . فهى للآخذ . وإن أخذها للآمر ، فهى له ـ أعنى الآمر ـ كما فى التوكيل فى الاصطياد . ذكر ذلك المصنف وغيره .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي اللُّقَطَةِ حتى يعرِفَ وعَاءَهَا ، وَوِكَاءَهَا وَقَدْرَهَا ، وَجِنْسَهَا ، وَصِفَتَهَا . وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ وُجْدَانِهَا ﴾ .

الأولى : معرفة ذلك عند التقاطها .

وإن أخر معرفة ذلك إلى مجىء صاحبها جاز .

فإن لم يجىء ـ وأراد التصرف فيها بعد الحول ـ لم يجز حتى يعرف صفتها .

وكذلك إن أراد خلطها بماله على وجه لاتتميز .

وقال فى المغنى : تجب حالة الأخذ وجوباً موسعاً ، وحالة إرادة التصرف وجوباً مضيقاً .

فائدة «الوعاء» هو ظرفها ، و«الوكاء» هو الخيط الذى تشد به . و«العفاص »

قال فى المستوعب : هو الشد ، والعقد . وقيل : هو صِمام القارورة .

وذكر ابن عقيل فى التذكرة : أنه الصرة . وهو ظرفها .

قال الزركشى : هو الوعاء الذى تكون فيه ، من خرقة أو غيرها .

قال فى الرعاية الكبرى « الوكاء » ما يشد به . و « العفاص » هو صفة شده وعقده .

وقيل : بل سدادة القارورة . وقيل : بل الوعاء . انتهى .

قال الحارثى «العفاص» مقول على الوعاء . وورد «احفظ عفاصها ووعاءها »

و « العفاص » فى هذه الرواية : صمام القارورة ، أى الجلد المجعول على رأسها يقال عليه أيضاً . فيتعرف الوعاء : كيساً هو أو غير ذلك . وهل هو من خرق أو جلود أو ورق ؟ .

وقال ابن عقيل ، ويتعرف : هل هو إبريسم ، أو كتان ؟

وإن كان ثياباً : تعرف لفائفها . أو مائعاً تعرف ظرفه : خرق ، أو خشب أو جلد .

ويتعرف « الوكاء » وهو مايربط به : سير ، أم خيط ، أم شرابة ؟

قال القاضى ، وابن عقيل وغيرهما : ويتعرف الربط هل هو عقدة أو عقدتان وأنشوطة أو غيرها ؟ .

قوله ﴿ وَالإِشْهَادُ عَلَيْهَا ﴾ .

يعنى يستحب الإشهاد عليها . ويكونان عدلين . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : قاله كثير من الأصحاب .

قال الزركشى : هو المشهور . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . ونصره المصنف ، والشارح ، وغيرهما . وقدمه فى المستوعب ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : يجب الإشهاد . واختاره أبو بكر فى التنبيه ، وابن أبى موسى .

قال الحارثى : وهو الصحيح .

قال فى الفائق : وهو المنصوص .

تنبيه : يكون الإشهاد عليها ، لا على صفتها . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يكون عليها وعلى صفتها . ويحتمله كلام المصنف .

قوله ﴿ فَمَتَى جَاءَ طَالِبُهَا فَوَصَفَهَا : لَزِمَهُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ﴾ .

يعنى : من غير بينة ولا يمين . بلا نزاع . وسواء غلب على ظنه صدقه أولا ؟ على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يدفعها إليه إذا وصفها إلا مع ظن صدقه . وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقال فى المبهج ، والتبصرة : جاز الدفع .

ونقل ابن هانىء ، ويوسف بن موسى : لا بأس به .

تنبيه : محل الخلاف فيما إذا وصفها فقط .

أما إذا قامت له بينة بذلك : لزمه دفعها . وهو واضح .

فائدة : قال الحارثى : إذا قلنا بوجوب الدفع إذا وصفها . فقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، والقاسم بن الحسن بن الحداد ـ فى كتبهم الخلافية ـ إذا وصف العفاص والوكاء والعدد ، لزم الدفع . ونص عليه فى رواية ابن مشيش .

وقال أبو الفرج الشيرازى : إذا جاء بالصفة والوزن ، جاز الدفع إليه .

قوله ﴿ وَزِيَادَتُهَا الْمُنْفَصِلَةُ لِمَالِكِهَا قَبْلَ الْحَوْلِ ، وَلِوَاجِدِهَا بَعْدَهُ . فِى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . وصححه فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم ، والرعايتين ، والفائق ، والفروع ، وغيرهم . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : تكون لصاحبها أيضاً . اختاره ابن أبى موسى . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

وهما روايتان فى الترغيب ، والتلخيص .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وشرح الحارثى .

قال فى الهداية ـ وتبعه فى المستوعب ، بعد أن أطلق الوجهين ـ بناء على الأب إذا استرجع العين الموهوبة .

وقال أبو الخطاب أيضاً ، عن الوجه الثانى : بناء على المفلس .

وقال الحارثى : هما مبنيان على الخلاف فى مثله فى المبيع المرتجع من المفلس ، والموهوب المرتجع من الولد . انتهى .

قلت : أما الزيادة المنفصلة فى العين الموهوبة إذا رجع فيها الأب : فإنها للولد . على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب ، على مايأتى فى الهبة .

وأما الزيادة المنفصلة فى المبيع المأخوذ من المفلس : فالخلاف فيها قوى .

والمذهب : أنها للبائع .

واختار المصنف وغيره : أنها للمفلس على ماتقدم .

وأما الزيادة المتصلة : فهى لمالكها على كل حال .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلِفَتْ ، أَوْ نَقَصَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ : لَمْ يَضْمَنْهَا ﴾ .

مراده : إذا لم يفرط فيها . لأنها أمانة فى يده .

﴿ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ : ضَمِنَهَا ﴾ ولو لم يفرط .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونصروه .

وعنه : لا يضمنها إذا تلفت .

حكى ابن أبى موسى عن الإمام أحمد رحمه الله : أنه لوَّح فى موضع : إذا أنفقها بعد الحول والتعريف : لم يضمنها . لحديث عياض بن حمار رضى الله عنه[1]

وقيل : لا يردها إن كانت باقية .

---

(١) روى أحمد وابن ماجه عن عياض بن حمار رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل . وليحفظ عفاصها ووكاءها . فإن جاء صاحبها فلا يكتم . فهو أحق بها ، وإن لم يجىء صاحبها فهو مال الله يؤتيه من يشاء »

تنبيه : محل هذا : إذا قلنا يملكها بعد الحول .

فأما على القول بعدم الملك : فإنه لا يضمنها . إذا لم يفرط ، بل حكمها حكم الحول الأول .

فوائد

الأولى : لو قال مالكُ اللقطة ـ بعد التلف ـ الملتقط : أخذتَها لتذهب بها .

وقال الملتقط : بل لأعرفها . فالقول قول الملتقط . ذكره المجد فى شرحه . نقله عنه الحارثى فى آخر الباب .

الثانية : إذا تصرف فى اللقطة بعد الحول ، فإن كانت مثلية : ضمنها بمثلها .

وإن لم تكن مثلية : ضمنها بقيمتها يوم عرف ربها . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى ، وابن عبدوس ، وغيرهما . وجزم به فى المحرر ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقيل : يضمنها بقيمتها يوم ملكها . قطع به ابن أبى موسى ، وصاحب التلخيص . وصححه فى الفائق . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير . وأطلقهما الحارثى فى شرحه .

وقيل : يضمنها بقيمتها يوم غرم بدلها .

الثالثة : لو أدركها ربها بعد الحول مبيعةً ، أو موهوبةً . فليس له إلا البدل كما فى التلف ، ولو أدركها فى زمن الخيار ، فوجهان .

أصحها : وجوب الفسخ ، والرد إليه . قاله الحارثى . وجزم به فى الكافى ، والرعاية .

والوجه الثانى : عدم الوجوب . وهو قوى فى النظر . لأن الملك ينتقل إلى المشترى ، زمن الخيار . على الصحيح من المذهب .

ولو كان عاد إليه بفسخ أو شراء ، أو غير ذلك : أخذه المالك . قطع به الحارثى .

ولو أدركه مرهوناً : ملك انتزاعه لقيام ملكه ، وانتفاء إذنه فى الرهن . قاله الحارثى .

قلت : ويتوجه عدم الانتزاع . لتعلق حق المرتهن به .

والرابعة : تدخل اللقطة فى ملك الملتقط من غير عوض يثبت فى الذمة . وإنما يتجدد وجوب العوض بظهور المالك ، كما يتجدد به زوال الملك عن العين . ذكره المصنف ، والشارح . وقدمه الحارثى ، ونصره .

وقال القاضى : إنما يملك بعوض كالقرض .

ثم قال : إنما تجب القيمة بحضور المالك .

قال الحارثى : وهذا تناقض .

وقال ماقاله القاضى وكثير من أصحابه قاله الزركشى .

قوله ﴿ وَإِنْ وَصَفَهَا اثْنَانِ : قُسِّمَتْ بَيْنَهُمَا فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وكذا قال فى المذهب . وصححه فى التصحيح .

واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، والرعايتين ، والنظم ، والحاوى الصغير ، والقواعد فى القاعدة الثامنة والتسعين .

﴿ وَفِى الأُخْرَى يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ : حَلَفَ وَأَخَذَهَا ﴾ .

وهو المذهب .

قال الحارثى : والمذهب القرعة ، ودفعها إلى القارع مع يمينه . نص عليه . وذكره المصنف فى كتابيه .

وبه جزم القاضى ، وابن عقيل . كما فى تداعى الوديعة .

قال الشارح : وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عيناً فى يد غيرهما . انتهى .

وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى ، والمغنى . وصححه ابن رزين فى شرحه ، وقال : هذا أقيس .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الفروع ، والفائق ، والقواعد الفقهية فى القاعدة الستين بعد المائة

تنبيه : محل هذا : إذا وصفاها معاً ، أو وصفها الثاني قبل دفعها إلى الأول .

أما إذا وصفها واحد ودفعت إليه ، ثم وصفها آخر : فإن الثانى لايستحق شيئاً . على الصحيح من المذهب . قطع به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وعليه الأصحاب .

وقال أبو يعلى الصغير : إن زاد فى وصفها : احتمل تخريجه على بينة النتاج والنساج . فإن رجحنا به هناك رجحنا به هنا .

فائدتاں

إحداهما : لو ادعاها كل واحد منهما ، فوصفها أحدهما دون الآخر : حلف وأخذها . ذكره الأصحاب .

قال فى الفروع : ومثله وصفه مغصوباً ومسروقاً . ذكره فى عيون المسائل ، والقاضى ، وأصحابه ، على قياس قوله : إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى دِفْن الدار فمن وصفه فهو له .

وقيل : لا . كوديعة ، وعارية ، ورهن ، وغيره . لأن اليد دليل الملك . ولا تتعذر البينة .

الثانية : يلزم مدعى اللقطة ، مع صفتها : أن يقيم بينة بالتقاط العبد لها . على الصحيح من المذهب . لأن إقرار العبد لايصح فيما يتعلق برقبته . صححه فى المستوعب. وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : لا يلزمه .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَامَ آخَرُ بَيِّنَةً : أَنَّهَا لَهُ . أَخَذَهَا مِنَ الْوَاصِفِ . فَإِنْ تَلِفَتْ ضَمِنَهَا مَنْ شَاءَ مِنَ الْوَاصِفِ أَوِ الدَّافِعِ إِلَيْهِ ﴾ وهو الملتقط ﴿ إِلاَّ أَنْ يَدْفَعَهَا بِحُكْمِ حَاكِمٍ فَلاَ ضَمَانَ عَلَيْهِ ﴾ .

إن دفعها إلى الواصف بحكم حاكم ، فلا ضمان عليه . قولا واحداً .

وإن لم يكن بحكم حاكم . فقدم المصنف : أنه مخير بين تضمين الواصف والدافع . وهو أحد الوجهين .

قال الحارثى : هو قول كثير من الأصحاب .

قلت : منهم القاضى . ذكره فى القواعد . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى المغنى ، والشرح .

فإن ضمن الدافع رجع على الواصف ، إلا أن يكون قد أقر له بالملك . قاله فى القواعد ، وغيره .

وقيل : لايلزم الملتقط شىء ، إذا قلنا بوجوب الدفع إليه . وهو تخريج فى المغنى ، والشرح ، وهو المذهب .

قال الحارثى : وهو الصحيح . لأنه فعل ما أمر به ، ولا مندوحة عنه . كما لو كان بقضاء قاض . وقدمه فى المحرر ، والرعاية ، والفروع . وإليه ميل المصنف ، والشارح .

تنبيه : قوله ﴿ وَمَتَى ضَمَّنَ الدَّافِعَ : رَجَعَ عَلَى الوَاصِفِ ﴾ .

مراده : إذا لم يعترف له بالملك .

فأما إن اعترف له بالملك : فإنه لا يرجع عليه ألبتة .

قوله ﴿ وَلاَ فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ المُلْتَقِطِ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا ، مُسْلِماً كَانَ أَوْ كَافِرًا ، عَدْلاً أَوْ فَاسِقًا . يَأْمَنُ نَفْسُهُ عَلَيْهَا ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والفروع .

قال ابن منجا فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الخلاصة : فإن كان الفاسق لايؤمن على تعريفها : ضم إليه أمين . انتهى .

وقيل : يضم إلى الفاسق أمين فى تعريفها وحفظها .

وقطع به القاضى ، وابن عقيل ، وأبو الحسن بن البنا ، وأبو الفرج الشيرازى، والمصنف فى المغنى ، والكافى ، وصاحب المحرر .

وقال فى الفائق : ويضم إلى الفاسق أمين في أصح الوجهين . وقدمه الحارثى

قال المصنف فى المغنى ، والشارح : وإن علم الحاكم أو السلطان بها ، أقرها فى يده ، وضم إليه مشرفا يشرف عليه . ويتولى تعريفها .

وقيل : يضم إلى الذمى عدل .

قال فى المغنى ، والشرح : إن علم بها الحاكم أقرها فى يده . وضم إليه مشرفاً عدلا يشرف عليه ، ويعرفها .

قال الحارثى : ولا بد من مشرف يشرف عليه .

وقيل : تُنْزع لقطة الذمى من يده ، وتوضع على يد عدل . وهو احتمال فى المغنى والشرح .

قوله ﴿ وَإِنْ وَجَدَهَا صَبِيٌّ ، أَوْ سَفِيهٌ : قَامَ وَلِيُّه بِتَعْرِيفِهَا . فإذَا عَرَّفَهَا فَهِيَ لِوَاجِدِهَا ﴾ .

وكذا المجنون . قاله فى المغنى ، والشرح ، والمنتخب ، والترغيب ، والتبصرة والحارثى ، وغيرهم .

فائدتان

إحداهما : قال الأصحاب : يضمن الولى إن أبقاها بيد الصبى بعد علمه . وإن تلفت فى يد أحدهما بغير تفريط : فلا ضمان عليه . وإن تلفت بتفريطه : ضمنها فى ماله . نص عليه فى صبى كإتلافه . وجزم به فى المغنى ، والشرح . وقدمه فى الفروع وغيره . وفى المنتخب وغيره : لا يضمن .

الثانية : لو كان الصبى مميزاً فعرف . قال الحارثى : فظاهر كلامه فى المغنى : عدم الإجزاء .

والأظهر الإجزاء . لأنه يعقل التعريف . فالمقصود حاصل . واقتصر على كلامهما فى القواعد الأصولية .

قوله ﴿ وَإنْ وَجدَهَا عَبْدٌ فَلسيِّدِهِ أَخْذُهَا منْهُ وَتَرْكُهَا مَعَهُ . وَيتَوَلَّى تعرِيفهَا إذَا كَانَ عدْلاً ﴾ .

للعبد أن يلتقط ، وأن يعرفها مطلقا . على الصحيح من المذهب .

قال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع : له ذلك فى الأصح .

وجزم به فى المغنى ، والكافى ، والشرح .

قال الزركشى : يصح التقاطه على المذهب . وقدمه فى المستوعب ، والفائق ، وشرح الحارثى .

وقيل : ليس له ذلك بغير إذن السيد . اختاره أبو بكر . وهو رواية ذكرها الزركشى ، وغيره . وجزم به فى البلغة .

قال الحارثى : وعن أبى بكر : يتوقف التقاطه على إذن السيد . ذكره السامرى ، أخذاً من قوله فى التنبيه « إذا التقط العبد فضاعت منه أو أتلفها : ضمنها »

قال : فسوى بين الإتلاف والضياع . ولم يفرق بين الحول وبعده . فدل على عدم الصحة بدون إذن .

قال الحارثى : وفى استنباط السامرى نظر .

قوله ﴿ فَإنْ أَتْلفَهَا قَبْلَ الحَوْلِ : فَهِيَ فِى رَقبَتهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ وَإنْ أَتْلفَهَا بَعْدَهُ : فَهِيَ فِى ذِمّتهِ ﴾ .

هذا أحد القولين . نص عليه . وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب والخلاصة ، والتلخيص ، وشرح ابن منجا ، ومنتخب الأدمى ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى تجريد العناية : إذا أتلفها بعد الحول . ففى ذمته . على الأظهر .

و يأتى كلام الزركشى على هذا القول .

وقيل : إن أتلفها بعد الحول ، فإن قلنا يملكها : فهى فى ذمته . و إن قلنا لايملكها : فهى فى رقبته .

هذا المذهب على مايأتى .

واعلم أن العبد : هل يحصل له الملك من غير تمليك سيده أم لا ؟ فيه خلاف سبق فى أول كتاب الزكاة عند الفوائد التى ذكرت هناك .

فمتى أتلفها ، أو فرط حتى تلفت ، فإن كان قبل الحول : فهى فى رقبته . نص عليه . وعلى السيد الفداء أو التسليم .

و إن كان بعده . فإن قلنا يملكها : فهى فى ذمته . و إن قلنا لايملكها : فهى فى رقبته . هذا المذهب . نص عليه . وجزم به فى المغنى ، والمحرر ، والنظم . وقدمه فى الشرح ، والفروع .

قال الحارثى : وهذا إنما يتجه على تقدير أن السيد لم يملك . لكونه لم يتملك استنادا إلى توقف الملك على التملك . وفيه بعد .

وقال فى الشرح أيضاً : و يصلح أن ينبنى على استدانة العبد : هل تتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين .

قال الحارثى : وهو تخريج حسن ، لشبه الغرم بعد الإنفاق بأداء المقترض .

وقال أبو بكر فى زاد المسافر : لأبى عبد الله فى ضمان ماأتلفه العبد قولان ، أى روايتان .

إحداهما : فى رقبته كالجناية .

والأخرى : فى ذمته . و بالأول أقول .

قال السامرى : ولم يفرق قبل الحول و بعده .

وقال ابن عقيل : لايتجه الفرق فى التعلق بالرقبة بين ماقبل الحول و بعده .

قال الحارثى : وهذا ضعيف جداً . انتهى .

وقال الزركشى ـ عن كلام المصنف هنا ، ومن تابعه ـ : كلامهم متوجه ، إن قلنا : إن العبد يملك . وإن قلنا : الملك للسيد ـ كما صرح به أبو محمد ، واقتضاه كلام صاحب التلخيص وغيره ـ : فالجناية على مال السيد . فلا تتعلق بذمته ، ولا برقبته ، بل الذى ينبغى : أن تتعلق بذمة السيد . وإن قيل : إن العبد لا يملك ولا السيد : تعين التعلق برقبته ، كجنايته . انتهى .

وقال فى الكافى : وإن أتلفها العبد : فحكم ذلك حكم جنايته . انتهى .

ونقل ابن منصور : جنايته فى رقبته . وإن خرق ثوب رجل : فهو دين عليه .

قوله ﴿ وَالْمُكَاتَبُ كَالْحُرِّ ﴾ بلا نزاع .

والمدبر ، والمعلق عتقه بصفة ، وأم الولد : كالعبد بلا نزاع أيضا .

قوله ﴿ وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَهِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُهَايَأَةٌ . فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمَهَايَأَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والحارثى ، والفائق .

أحدهما : لا تدخل فى المهايأة ، بل تكون بينه وبين سيده . وهو المذهب . صححه فى التصحيح . وقدمه فى المحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : تدخل فى المهايأة . فإذا وجدها فى نوبة أحدهما : فهى له . جزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، وتجريد العناية .

فائدة : وكذا الحكم فى النادر : من كسب المعتق بعضه ، كالهبة ، والهدية ، والوصية ، ونحوها . خلافا ومذهبا .

تنبيه : الخلاف هنا : مبنى على الخلاف فى دخول نوادر الأكساب . كالوصية ، والهدية ، ونحوهما ، والركاز . قاله الحارثى .

فوائد

منهـا : لو وجد لقطة فى غير طريق مَأْتِيّ : فهى لقطة . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفائق .

واختار الشيخ تقى الدين رحمه الله : أنه كالركاز .

واختاره فى الفائق . وجعله فى الفروع : توجيهاً له .

ومنها : لو أخذ متاعه ، أو ثوبه ، وترك له بدله ، فالصحيح من المذهب : أنه لقطة . نص عليه فى رواية ابن القاسم ، وابن بختان .

وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن رزين ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وقيل : لايُعرفه مع قرينة سرقة . وهو احتمال المصنف .

قلت : وهو عين الصواب .

قال الحارثى : وهذا حسن .

وقال : قد يقال فيه بمعنى مسألة الظفر .

ومذهب الإمام أحمد رحمه الله : منع الأخذ فيها .

فعليها : هل يتصدق به بعد تعريفه ؟

إن قلنا : يعرفه ، أو يأخذ حقه بنفسه ، أو بإذن حاكم : فيه أوجه .

وأطلقهن فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق ، وتجريد العناية .

قال المصنف ، وتابعه الشارح : القول بأخذ حقه بنفسه أقرب إلى الرفق بالناس

قال الحارثى : وهذا قوى على أصل من يرى أن العقد لايتوقف على اللفظ .

أما على التوقف : فلا يكتفى بمثل هذا .

قال : وبالجملة : فالأظهر الجواز ، رجحه المصنف .

ومنها : لو وجد فى جوف حيوان درة ، أو نقداً : فهو لقطة لواجده . على

الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى ، وصححه .

ونقل ابن منصور : تكون لقطة للبائع إن ادعاه ، إلا أن يدعى المشترى : أنه أكله عنده . فهو له .

فأما إن كانت الدرة غير متقوبة فى السمكة : فهى للصياد . لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها .

ومنها : لو وجد لقطة بدار الحرب ، وهو فى الجيش : عرفها . ثم وضعها فى المغنم . نص عليه .

وإن كان دخل بأمان عرفها ، ثم هى له . إلا أن يكون فى جيش ، فهى كالتى قبلها .

وإن دخل متلصصاً عرفها ، ثم هى كالغنيمة . على الصحيح من المذهب .

ويحتمل أن تكون له من غير تعريف . ذكره المصنف .

قلت : وهذا هو الصواب . وكيف يعرف ذلك ؟

ومنها : مؤنة رد اللقطة : على ربها . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع . وقاله القاضى فى التعليق ، وأبو الخطاب فى الانتصار ، لتبرعه .

ومعناه فى شرح المجد : فى عدم سقوط الزكاة بتلف المال قبل التمكن .

وقال فى الترغيب ، والرعاية ؛ مؤنة الرد على الملتقط .

ومنها : ضمانها بموته ، كالوديعة .

وقيل : به بعد الحول . ووارثه كهو .

ومنها : الالتقاط : يشتمل على أمانة واكتساب .

قال الحارثى : وللناس خلاف فى المغلب منهما . منهم من قال : الكسب . ووجه بأنه مآل الأمر .

ومنهم من قال : الأمانة . وهو الصحيح . لأن المقصود إيصال الشىء إلى أهله . ولأجله شرع الحفظ والتعريف أولا ، والملك آخراً ؛ عند ضعف الترجى للمالك

ومنها : لو استيقظ فوجد فى ثوبه دراهم ، لايعلم مَنْ صَرّها ؛ فهى له . ولا تعريف .

وللامام أحمد رحمه الله : نص يوجب التعريف ، وينفى الملك .

ومنها : لو ألقت الريح إلى داره ثوب إنسان . فإن جهل المالك : فلقطة . فإن علمه : دفعه إليه . فإن لم يفعل : ضمن بحبس مال الغير ، من غير إذن ولا تعريف .

ومنها : لو سقط طائر فى داره . فقال فى المغنى : لايلزمه حفظه ، ولا إعلام صاحبه . لأنه محفوظ بنفسه . وهذا مالم ينقطع عنه .

أما إن انقطع : وجب حفظه والدفع إليه . لأنه ضائع عنه .

باب اللقيط

فائدة: قوله ﴿ وَهُوَ الطِّفْلُ الْمَنْبُوذُ ﴾ .

قال الحارثى : تعريف « اللقيط » بالمنبوذ ، يحتاج إلى إضمار ، لتضاد ما بين اللَّقْطِ والنَّبْذِ ، كما بُيِّن .

ومع هذا فليس جامعاً . لأن الطفل قد يكون ضائعاً . لا منبوذاً .

ومنهم : من عرف بأنه الضائع ، وفيه مافيه .

وقال فى الرعايتين ، والوجيز : هو كل طفل نبذ ، أو ضل .

تنبيه : قوله ﴿ وَهُوَ الطِّفْلُ ﴾ .

يعنى : فى الواقع فى الغالب . وإلا فهو لقيط إلى سن التمييز فقط . على الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، والرعاية الكبرى ، والحارثى .

وقيل : والمميز أيضاً إلى البلوغ .

قال فى الفائق : وهو المشهور .

قال الزركشى : هذا المذهب .

قال فى التلخيص : والمختار عند أصحابنا : أن المميز يكون لقيطا . لأنهم قالوا : إذا التقط رجل وامرأة معاً من له أكثر من سبع سنين : أقرع بينهما ، ولم يخير ، بخلاف الأبوين .

قوله ﴿ وَهُوَ حُرٌّ ﴾ .

يعنى فى جميع أحكامه . هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : إلا فى القود . ومثله دعوى قاذفه رِقَّه على ما يأتى .

فائدة : يستحب للملتقط الإشهاد عليه وعلى ما معه . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يجب . وتقدم نظيره فى اللقطة .

تنبيه : قوله ﴿ يُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهِ ﴾ بلا نزاع .

لكن إن تعذر : اقترض الحاكم عليه . قاله الحارثى .

فإن تعذر : فعلى من علم حاله الإنفاق . فهى فرض كفاية ، كالتقاطه .

وهذا الإنفاق يجب مجاناً عند القاضى وجماعة . منهم : صاحب المستوعب ، والتلخيص . واختاره صاحب الموجز ، والتبصرة . وقالا : له أن ينفق عليه من الزكاة . وقدمه فى الرعاية .

قال الحارثى : وهو أصح .

وقال : وكلام المصنف فى المغنى يقتضى ثبوت العوض للمنفق إن اقترن بالإنفاق قصد الرجوع . وقدمه فى الفروع . لأنه جعل الإنفاق عليه بنية الرجوع . كمن أدى حقاً واجباً عن غيره . على ما تقدم فى باب الضمان .

وقال فى القاعدة الخامسة والسبعين : نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين فيمن أدى حقاً واجباً عن غيره ، على ماتقدم فى باب الضمان .

ومنهم من قال : يرجع هنا . قولا واحداً . أو إليه ميل صاحب المغنى . لأن له ولاية على اللقيط .

ونص الإمام أحمد رحمه الله : أنه يرجع بما أنفقه على بيت المال . انتهى .

وقال الناظم : إن نوى الرجوع واستأذن الحاكم : رجع على الطفل بعد الرشد ، وإلا رجع على بيت المال .

قال الحارثى : وناقض السامرى ، وصاحب التلخيص . فقالا : بعد تعذر

الاقتراض على بيت المال ، وامتناع من وجب عليه الإنفاق مجاناً ـ إن أنفق الملتقط رجع على اللقيط ، فى إحدى الروايتين .

والأخرى : لا يرجع مالم يكن الحاكم أذن له فى الإنفاق . زاد فى التلخيص : والأصح أنه يرجع . انتهى .

قال الحارثى : والوجوب مجاناً واستحقاق العوض لا يجتمعان . وإنما ذلك ـ والله أعلم ـ ما إذا كان للقيط مال تعذر إنفاقه لمانع ، أو ينتظر حصوله من وقف ، أو غيره .

قوله ﴿ وَيُحْكَمُ بإِسْلاَمِهِ ﴾ بلا نزاع ﴿ إلاّ أَنْ يُوجَدَ فِي بَلَدِ الـكُفَّارِ ، وَلاَ مُسْلِمَ فِيهِ . فَيَكُون كَافِرًا ﴾ .

وهذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : فالمذهب عند الأصحاب : الحكم بكفره . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى المغنى ، والمحرر ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، والفائق وغيرهم .

قال المصنف والشارح : وقال القاضى : يحكم بإسلامه أيضاً . لأنه يحتمل أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه .

قال الحارثى : وحكى صاحب المحرر وجهاً بأنه مسلم . اعتباراً بفقد أبويه .

فائدة : لو كان فى دار الإسلام بلدٌ كلُّ أهلها أهل ذمة ، ووجد فيها لقيط : حكم بكفره . وإن كان فيها مسلم حكم بإسلامه . قولا واحداً فيهما ، عند المصنف والشارح ، وغيرهم .

وقيل : يحكم بإسلامه إذا كان كل أهلها أهل ذمة .

قال الحارثى : اختاره القاضى ، وابن عقيل .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا كان فى بلد الكفار مسلم ولو واحداً . قاله فى التلخيص ، وشرح الحارثى . وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى . والكافى ، وشرح ابن منجا .

أحدهما : يحكم بكفره . وهو المذهب . جزم به فى المنور . وقدمه فى المحرر ، والفروع ، والفائق .

والوجه الثانى : يحكم بإسلامه . جزم به فى الوجيز .

فائدتان

إحداهما : قال الحارثى : مَثَّل الأصحاب فى المسلم هنا بالتاجر والأسير ، واعتبروا إقامته زمناً ما ، حتى صرح فى التلخيص : أنه لا يكفى مروره مسافراً .

وقال فى الرعاية : وإن كان فيها مسلم ساكن : فاللقيط مسلم .

الثانية : قال فى الفائق : لو كثر المسلمون فى بلد الكفار : فلقيطها مسلم . وقاله ابن عبدوس فى تذكرته ، وصاحب الرعايتين ، والحاوى الصغير وغيرهم ومثل مسألة الخلاف فى الرعاية بالمسلم الواحد .

قوله ﴿ وَمَا وُجِدَ مَعَهُ مِنْ فِرَاشٍ تَحْتَهُ ، أَوْ ثِيَابٍ ، أَوْ مَالٍ فِي جَيْبِهِ أَوْ تَحْتَ فِرَاشِهِ ، أَوْ حَيَوَانٍ مَشْدُودٍ بِيَابِهِ : فَهُوَ لَهُ ﴾ وهذا بلا نزاع .

وقال المصنف فى المغنى ، والكافى ، والشارح ، وابن رزين فى شرحه ، وغيرهم : وكذا لو كان مدفونا فى دار ، أو خيمة تكون له .

وظاهر كلام المجد ، وجماعة : خلافه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ مَدْفُونًا تَحْتَهُ ﴾ يعنى : إذا كان الدفن طرياً ﴿ أَوْ مَطْرُوحًا قَرِيباً مِنْهُ ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداهما : إذا كان مدفوناً تحته ، والدفن طرياً . فأطلق فيه وجهين .

وأطلقهما فى المذهب ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وشرح الحارثى ، والشرح .

أحدهما : يكون له . وهو المذهب .

صححه فى التصحيح . وقطع به ابن عقيل ، وصاحب الخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والمنور ، وتذكرة ابن عبدوس .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الثانى : لا يكون له . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والكافى ، والتلخيص ، والنظم ، وشرح ابن رزين . وهو المذهب . على المصطلح فى الخطبة .

وحكى فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق وجهاً : أنه له ، ولو لم يكن الدفن طرياً ، وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وهو بعيد جداً .

ولم يذكره فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى .

الثانية : إذا كان مطروحاً قريباً منه . فأطلق المصنف فيه الوجهين .

وأطلقهما فى المذهب ، والكافى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أحدهما : يكون له . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المغنى ، والشرح والفائق ، والتصحيح . وجزم به فى الخلاصة ، والمحرر ، والوجيز ، والمنور .

والوجه الثانى : لا يكون له . قدمه فى الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ، وشرح ابن رزين . واختاره ابن البناء .

ولنا قول ثالث فى أصل المسألتين بالفرق بين الملقى قريباً منه و بين المدفون

تحته . فيكون الملقى القريب : له دون المدفون تحته . قاله فى المجرد . وقطع به .

قال الحارثى : ويقتضيه إيراده فى المغنى .

قلت : قدم فى الكافى ، والنظم : أنه لا يملك المدفون .

وأطلق فى الملقى القريبِ الوجهين ، كما تقدم .

قوله ﴿ وَلَهُ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ مِمَّا وُجِدَ مَعَهُ بِغَيْرِ إِذْنِ حَاكِمٍ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به ابن حامد ، والمصنف فى الكافى والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لاَ يُنْفِقُ إِلاَّ بِإِذْنِهِ .

وهو وجه فى شرح الحارثى . ورد هذه الرواية المجد فى شرحه . ذكره فى القواعد ، والمصنف . نقله الزركشى .

وتقدم قريباً : إذا أنفق عليه من ماله ونوى الرجوع .

فوائد

منها : وكذا الحكم فى حفظ ماله . قطع به فى المغنى ، وغيره .

وقال فى التلخيص : يحتمل اعتبار إذنِ الحاكم فيه .

ومنها : قبول الهبة ، والوصية .

قال الحارثى : مقتضى قوله فى المغنى : أنه الملتقط .

ومقتضى كلام صاحب التلخيص : أنه للحاكم .

قلت : كلام صاحب المغنى موافق لقواعد المذهب فى ذلك .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا ، أَوْ رَقِيقًا ، أَوْ كَافِرًا ، وَاللَّقِيطُ مُسْلِمٌ ، أَوْ بَدَوِيًّا يَنْتَقِلُ فِي الْمَوَاضِعِ ، أَوْ وَجَدَهُ فِي الْحَضَرِ ، فَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ : لَمْ يُقَرَّ فِي يَدِهِ ﴾ .

يشترط فى الملتقط : أن يكون عدلا . على الصحيح من المذهب .

وقد قال المصنف قبل ذلك : أولى الناس بحضانته : واجده إن كان أميناً .

اختاره القاضي ، وقال : المذهب على ذلك . واختاره أبو الخطاب ، وابن عقيل وغيرهم .

قال في الفائق : وتشترط العدالة في أصح الروايتين .

وجزم باشتراط الأمانة في الملتقط في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وقطع في الوجيز ، والمحرر ، وغيرهما : أنه لا يقر بيد فاسق .

وقدمه في الكافي ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وغيرهم .

وقيل : يُقَرُّ بيد الفاسق إذا كان أميناً . وقدمه في الرعاية في موضع ، وابن رزين في شرحه . وهو ظاهر كلام الخرقي .

فإنه قال : وإن لم يكن من وجد اللقيط أميناً : منع من السفر به .

فظاهره : أنه إذا أقام به : كان أحق به ، وإن كان فاسقاً .

وأجراه صاحب التلخيص ، والفروع ، وغيرهما على ظاهره .

وقال المصنف ، وتبعه الشارح على قوله : ينبغي أن يضم إليه من يشرف عليه ، ويشهد عليه . ويشيع أمره ، ليؤمن من التفريط فيه .

تنبيه : ظاهر قوله « وإن كان فاسقاً لم يقر في يده » أن مستور الحال يقر في يده . وهو صحيح . وهو المذهب .

وجزم به في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والفائق ، وغيرهم .

لكن لو أراد السفر به : فهل يقر بيده ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في المغني ، والشرح ، والنظم ، والزركشي ، وشرح الحارثي ، والفائق ، وغيرهم .

أحدهما : لا يقر بيده . جزم به في الكافي . وقدمه ابن رزين في شرحه .

والثانى : يقر فى يده .

وأما الرقيق : فليس له التقاطه إلا بإذن سيده . اللهم إلا أن لايجد من يلتقطه فيجب التقاطه . لأنه تخليص له من الهلكة .

أما مع وجود من هو أهل للالتقاط : فقطع كثير من الأصحاب بمنعه من الأخذ . معللاً بأنه لا يقر فى يده ، أو بأنه لاولاية له .

قال الحارثى : وفيه نظر . فإن أخذَ اللقيط قربة . فلا يختص بحر . وعدم الإقرار بيده دواماً لا يمنع أخذه ابتداء .

فعلى المذهب : إن أذن له سيده : فهو نائبه . وليس له الرجوع فى الإذن . قاله ابن عقيل .

واقتصر عليه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى . وجزم به فى الفروع .

فائدة : المدبر ، وأم الولد ، والمعلق عتقه : كالقن لقيام الرق . والمكاتب كذلك . قاله فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى .

ومن بعضه رقيق كذلك . لأنه لا يتمكن من استكمال الحضانة .

وأما الكافر : فليس له التقاط المسلم ، ولا يقر بيده . ومراده بالكافر هنا : الذمى ، وإن كان الحربى بطريق أولى .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الكافر إذا التقط من حكم بكفره : أنه يقر بيده . وهو صحيح . صرح به القاضى ، وغيره من الأصحاب .

لكن لو التقطه مسلم وكافر . فقال الأصحاب : هما سواء . وهو المذهب .

وقيل : المسلم أحق . اختاره المصنف ، والناظم .

قال الحارثى : وهو الصحيح بلا تردد .

ويأتى ذلك فى عموم كلام المصنف قريباً .

فائدتان

إحداهما : يشترط فى الملتقط أيضاً : أن يكون مكلفاً . فلا يقر بيد صبى ، ولا مجنون .

الثانية : يشترط الرشد . فلايقر بيد السفيه . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، وغيرهم . وقدمه فى الرعاية .

ثم قال ، قلت : والسفيه كالفاسق . انتهى .

لأنه لا ولاية له على نفسه فأولى أن لا يكون وليا على غيره .

وظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب المحرر وغيرهما : أنه يقر بيده . لأنه أهل للأمانة والتربية .

قال الحارثى : وهذا أصح . وهو ظاهر ماقدمه فى الفروع .

قلت : وهو الصواب .

وأما إذا التقطه البدوى الذى ينتقل فى المواضع ، فجزم المصنف هنا : أنه لا يقر فى يده . وهو أحد الوجهين . وهو المذهب . وجزم به فى الوجيز ، والمنور ، وشرح ابن منجا .

قال الحارثى : هذا أقوى .

والوجه الثانى : يقر . قدمه ابن رزين .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافى ، والشرح ، والمحرر ، والفروع ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وقال فى الترغيب ، والتلخيص : متى وجده فى فضاء خالٍ ، فله نقله حيث شاء .

وأما إذا التقطه من فى الحضر ، فأراد نقلته إلى البادية ، فجزم المصنف : أنه

لايقر فى يده . وهو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به الحارثى فى شرحه ، وصاحب الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحرر ، وشرح ابن رزين ، والوجيز ، والزركشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : يقر . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح .

وتقدم كلام صاحب الترغيب .

قوله ﴿ وَإِنْ الْتَقَطَهُ فِى الحَضَرِ مَنْ يُرِيدُ النُّقْلَةَ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ، فَهَلْ يُقَرّ فِى يَدِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والمحرر ، والشرح ، والفائق ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والزركشى .

أحدهما : لايقر فى يده . وهو الصحيح من المذهب . قدمه فى الفروع ، وشرح ابن رزين .

والوجه الثانى : يقر . وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . وصححه الناظم ، وصاحب التصحيح .

فوائد

إحداها : وكذا الحكم لو نقله من بلد إلى قرية ، فيه الوجهان . قاله القاضى فى المجرد ، وغيره .

الثانية : وكذا الحكم لو نقله من حِلَّة إلى حلة .

تنبيه : يستثنى من هذه المسائل : لو كان البلد وبيئاً ــ كغَوْر بَيسان ونحوه ــ فإنه يجوز النقل إلى البادية ، لتعين المصلحة فى النقل . قاله الحارثى .

قلت : فيعايى بها .

الثالثة : حيث يقال بانتزاعه من الملتقط ـ فيما تقدم من المسائل ـ فإنما ذلك عند وجود الأولى به .

أما إذا لم يوجد فإقراره : بيده أولى كيف كان . لرجحانه بالسبق إليه .

قوله ﴿ وَإِنْ الْتَقَطَهُ اثْنَانِ ، قُدِّمَ المَوسِرُ مِنْهُمَا عَلَى المُعْسِرِ ، وَالمُقِيمُ عَلَى المُسَافِرِ ﴾ .

لا أعلم فيه خلافا . وظاهر كلامه : أن البلدى وضده ، والكريم وضده . وظاهر العدالة وضده ، فى ذلك على حد سواء . وهو كذلك . قدمه فى الفروع . وقاله القاضى ، وابن عقيل .

وقال فى التلخيص ، والترغيب : يقدم البلدى على ضده .

وقال فى المغنى ومن تبعه : وعلى قياس قولهم فى تقديم الموسر : ينبغى أن يقدم الجواد على البخيل . انتهى .

وقيل : يقدم ظاهر العدالة على ضده . وهما احتمالان مطلقان فى المغنى ، والشرح . وأطلق الوجهين الحارثى .

فائدة : الشركة فى الالتقاط : أن يأخذاه جميعاً ، ولااعتبار بالقيام المجرد عنده لأن الالتقاط حقيقة الأخذ . فلا يوجد بدونه ، إلا أن يأخذه الغير بأمره . فالملتقط هو الآمر . لأن المباشر نائب عنه . فهو كاستنابته فى أخذ المباح .

تنبيه : دخل فى كلام المصنف : لو التقطه مسلم وكافر . وهو كذلك . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقيل : المسلم أولى . اختاره المصنف ، والحارثى ، والناظم ، وغيرهم . وتقدم ذلك أيضاً .

قوله ﴿ فَإِنْ تَشَاحَّا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ﴾ .

هذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به أكثرهم . منهم صاحب

المغنى ، والشرح ، والقواعد ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .

وقيل : يسلمه الحاكم إلى من شاء منهما أو من غيرهما .

وقال الحارثى : ذكر صاحب المحرر فى باب الحضانة : أن الرقيق إذا كان بعضه حراً تهايأ : فى حضانته سيده ونسيبه .

وحكى ذلك عن أبى بكر عبد العزيز .

قال : فيخرج هنا مثله . والمذهب الأول . انتهى .

تنبيه : قوله ﴿ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الْمُلْتَقِطِ مِنْهُمَا ، قُدِّمَ مَنْ لَهُ بَيِّنَةٌ ﴾ بلا نزاع .

فإن كان لكل واحد منهما بينة : قدم أسبقهما تاريخاً . قاله فى المغنى ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، وغيرهم .

وإن اتحد تاريخهما أو أطلقتا ، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى : تعارضتا . وهل يسقطان أو يستعملان ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

أحدهما : يسقطان . فيصيران كمن لا بينة لهما .

وجزم به ـ فيما إذا تساويا ـ فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والثانى : يستعملان ويقرع بينهما ، فمن قرع صاحبه كان أولى به .

قال فى الكافى : وإن تساويا فى اليد أو عدمها : سقطتا ، وأقرع بينهما . فقدم بها أحدهما . وجزم به ابن رزين فى شرحه .

ومحلهما : إذا لم يكن فى يد أحدهما .

قال الحارثى : وفى بينة المال وجه بتقديم المطلقة على المؤرخة . وهو ضعيف . بل الأولى : تقديم المؤرخة . انتهى .

ويأتى ذلك فى باب الدعاوى محرراً .

فإن كان اللقيط فى يد أحدهما ، فهل تقدم بينة الخارج ؟ فيه وجهان ، مبنيان على الروايتين فى دعوى المال ، على مايأتى فى بينة الداخل والخارج .

وقال فى الفروع : يقدم رب اليد مع بينة . وفى يمينه وجهان .

قوله ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا بَيِّنَةٌ : قدّم صَاحِبُ الْيَدِ ﴾ بلا نزاع .

لكن هل يحلف معها ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى الكافى ، والفروع .

أحدهما : لايحلف . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . واختاره ابن عقيل ، والقاضى . وقال : هو قياس المذهب .

وقدمه ابن رزين فى شرحه .

والوجه الثانى : يحلف . قاله أبو الخطاب . ونصره المصنف ، والشارح .

قال الحارثى : وهو الصحيح .

فائدتان

إحداهما : قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا . فَمَنْ قَرَعَ سُلِّمَ إِلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . قاله فى المغنى ، والشرح . وقالا : وعلى قول القاضى لاتشرع اليمين هنا . ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له . وأطلقهما فى الكافى .

الثانية : لو ادعى أحدهما أنه أخذه منه قهراً ، وسأل الحاكم يمينه . قال فى الفروع : فيتوجه إحلافه .

وقال فى المنتخب : لايحلف . كطلاق ادُّعِي على الزوج .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا يَدٌ ، فَوَصَفَهُ أَحَدُهُمَا ﴾ .

يعنى : بعلامة مستورة فى جسده : قدم . هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والوجيز ، وشرح الحارثى ، والمحرر ، والقواعد الفقهية ، فى القاعدة الثامنة والتسعين ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وذكر القاضى فى الخلاف ، وصاحب المبهج ، والمنتخب ، والوسيلة : أنه لايقدم واصفه .

وذكره فى الفنون ، وعيون المسائل عن أصحابنا ، وإليه ميل الحارثى . فإنه نظر على تعليل الأصحاب .

فائدة : لو وصفاه جميعاً : أقرع بينهما .

قال فى التلخيص : واقتصر عليه الحارثى .

قوله ﴿ وَإِلاَّ سَلَّمَهُ الحَاكِمُ إِلَى مَنْ يَرَى مِنْهُمَا ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا ﴾ .

يعنى : إذا لم يكن فى أيديهما ، ولا فى يد واحد منهما ، ولا بينة لهما ، ولا لأحدهما ، ولا وصفاه ، ولا أحدهما . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : قال الأصحاب ، والمصنف هنا : يسلمه القاضى إلى من يرى منهما ، أو من غيرهما . انتهى .

قال فى القواعد : قال القاضى ، والأكثرون : لا حق لأحدهما فيه ، ويعطيه الحاكم لمن شاء منهما ، أو من غيرهما . انتهى واختاره أبو الخطاب ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وقال المصنف : والأولى أن يقرع بينهما . كما لو كان فى أيديهما .

فائدة : من أسقط حقه منه : سقط .

قوله ﴿ وَمِيرَاثُ اللَّقِيطِ وَدِيَتُهُ إِنْ قُتِلَ ، لِبَيْتِ المَالِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، وقطع به كثير منهم .

وذكر ابن أبى موسى فى الإرشاد : أن بعض شيوخه حكى رواية عن الإمام أحمد رحمه الله : أن الملتقط يرثه . واختاره الشيخ تقى الدين رحمه الله تعالى ونصره . وصاحب الفائق . قال الحارثى : وهو الحق .

قوله ﴿ وَإِنْ قَتَلَ عَمْدًا فَوَلِيُّه الإمَامُ . إِنْ شَاءَ اقْتَصّ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الدِّيَةَ ﴾.

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أبو الخطاب فى الهداية ، وغيره . وذكر فى التلخيص وجهاً : أنه لا يجب له حق الاقتصاص . وأن أبا الخطاب خرجه .

قال : ووجهه أنه ليس له وارث معين . فالمستحق جميع المسلمين . وفيهم صبيان ومجانين . فكيف يستوفى ؟

قال : وهذا يجرى فى قتل كل من لا وارث له . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ قَطعَ طَرَفَهُ عَمْدًا : انْتُظِرَ بُلُوغُهُ ﴾ .

يعنى : مع رشده . هذا المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح المشهور فى المذهب .

قال فى الفروع : والأشهر ينتظر رُشْدُهَ إذَا قُطِعَ طَرَفُهُ .

وجزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الشرح ، وغيره .

وعنه : للامام استيفاؤه قبل البلوغ . نص عليه فى رواية ابن منصور .

قال فى الفائق : وهو المنصوص المختار . وأطلقهما فى الفائق .

قوله ﴿ إلاّ أَنْ يَكُونَ فَقِيرًا مَجْنُونًا فَلِلإِمَامِ العَفْوُ عَلَى مَالٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،

والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب . وصححه القاضى ، وغيره .

وحكاه المجد عن نص الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : ليس له ذلك .

قال فى المقنع — فى باب استيفاء القصاص — فإن كانا محتاجين إلى النفقة — يعنى الصبى والمجنون — فهل لوليهما العفو على الدية ؟ يحتمل وجهين .

فعلى هذا : يجب على الإمام فعل ذلك . لأن عليه رعاية الأصلح . والتعجيل هنا : هو الأصلح . قدمه الحارثى فى شرحه . وهو الصواب .

وقال القاضى ، وابن عقيل : يستحب ذلك ، ولا يجب .

تنبيه : دخل فى عموم قوله « انتظر بلوغه » أنه لو كان فقيراً عاقلا ، فليس للإمام العفو على مال ينفق عليه . وهو أحد الوجهين . وهو ظاهر ماقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم .

وجزم به فى الشرح هنا ، والفصول ، والمغنى هنا .

والوجه الثانى : للامام ذلك . وهو الصحيح من المذهب .

قال القاضى ، والمصنف فى باب القود — عند قول الخرقى « إذا اشترك جماعة فى القتل » — هذا أصح .

وكذا قال فى الكافى ، فى باب العفو عن القصاص . وصححه فى الشرح فى باب استيفاء القصاص .

وحكاه المجد عن نص الإمام أحمد رحمه الله .

وفى بعض نسخ المقنع هنا « إلا أن يكون فقيراً أو مجنونا » بأو ، لابالواو .

وقد قال المصنف — فى هذا الكتاب فى باب استيفاء القصاص — : فإن كانا محتاجين إلى النفقه — يعنى الصبى ، والمجنون — فهل لوليهما العفو عن الدية ؟ يحتمل وجهين .

وكذا قال أبو الخطاب فى الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم هناك .

وأطلقهما أيضاً فى الفروع ، والرعاية .

ودخل أيضاً فى عموم كلامه : لو كان مجنونا غنياً . فليس للإمام العفو على مال ، بل تنتظر إفاقته . وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وقطع به فى الشرح .

وذكر فى التلخيص وجها : للإمام ذلك . وجزم به فى الفصول ، والمغنى .

وهو ظاهر كلامه فى الوجيز . وأطلقهما فى الفروع ، والرعاية .

تنبيه : حيث قلنا ينتظر البلوغ أو العقل . فإن الجانى يحبس إلى أوان البلوغ والإفاقة . وحيث قلنا بالتعجيل وأخذ المال : لو طلب اللقيط بعد بلوغه وعقله القصاص . ورد المال ، لم يجب . ذكره فى التلخيص ، وغيره . وفرقوا بينه و بين الشفعة .

قوله ﴿ وَإِنْ ادَّعَى الْجَانِى عَلَيْهِ ، أَوْ قَاذِفه رِقه ، فَكَذَّبَهُ اللَّقِيطُ بَعْدَ بُلُوغِهِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ اللَّقِيطِ ﴾ وهو المذهب .

قال الحارثى : هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، والفائق ، وغيرهم .

ويحتمل أن القول قول القاذف . قاله المصنف .

قال الحارثى : وذكر صاحب المحرر — فى قتل من لايعرف إذا ادعى رقه — وجها : أن القول قوله .

وعن القاضى فى كتاب الخصال : أنه جزم به . لأن الرق محتمل . والأصل البراءة .

وذكر صاحب المحرر — فى قذف من لا يعرف إذا ادعى رقه — رواية بقبول قوله . لأن احتمال الرق شبهة ، والحد يدرأ بالشبهات ، والأصل البراءة .

فائدة : لو كان اللقيط مميزاً ، يطأ مثله : وجب الحد على قاذفه . على الصحيح من المذهب . نص عليه .

وخرج وجه بانتفاء الوجوب . وقيل : هو رواية .

فعلى المذهب : يشترط لإقامته المطالبة بعد البلوغ . وليس للولى المطالبة ذكره المصنف وغيره . ويأتى ذلك فى أوائل باب القذف .

قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَى إِنْسَانٌ أَنَّهُ مَمْلُوكُهُ : لَمْ يُقْبَلْ ﴾ قَوْلُهُ ﴿ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ تَشْهَدُ : أَنَّ أَمَتَهُ وَلَدَتْهُ فِى مِلْكِهِ ﴾ .

إذا ادعى إنسان أنه مملوكه ، فلا يخلو : إما أن يكون له بينة ، أو لا .

فإن لم يكن له بينة ، فلا يخلو : إما أن يكون فى يده ، أو لا .

فإن لم يكن فى يده ، فلا شىء له .

وإن كان فى يده ، فلا يخلو : إما أن يكون الملتقط أو غيره .

فإن كان هو الملتقط : فلا شىء له أيضاً . ذكره فى التلخيص ، وغيره .

وإن كان غير الملتقط هو صدق . قاله الحارثى . وقاله فى التلخيص وغيره . لدلالة اليد على الملك .

قال الحارثى : ومقتضى كلام المصنف فى المغنى ، والكافى : وجوب يمينه . وهو الصواب . لإمكان عدم الملك . فلا بد من يمين تزيل أثر ذلك .

ثم إذا بلغ ، وقال « أنا حر » لم يقبل .

وإن كان له بينة ، فلا يخلو : إما أن تشهد بيده أو بملكه ، أو بسبب ملكه .

فإن شهدت بيده ، فإن كان غير الملتقط : حكم له بها . والقول قوله مع يمينه فى الملك . ذكره المصنف ، والشارح ، والقاضى أيضاً . لدلالة اليد على الملك .

زاد القاضى : وأنه ضل عنه ، أو ذهب ، أو غصب .

وإن شهدت : أن أمته ولدته فى ملكه ، فعند الأصحاب : هو له .

و إن اقتصرت على أن أمته ولدته ، ولم تقل « فى ملكه » فقدم المصنف : أنه لا بد أن تشهد أن أمته ولدته فى ملكه . وهو المذهب . قدمه فى الفروع . وصححه الناظم . وجزم به فى منتخب الأدمى . وقطع به المصنف فى هذا الكتاب فى أثناء كتاب الشهادات .

و يحتمل أن لا يعتبر قول البينة فى ملكه . بل يكفى الشهادة بأن أمته ولدته .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ، والمحرر ، وشرح الحارثى ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .

و إن شهدت له أنه ملكه ، أو مملوكه ، أو عبده ، أو رقيقه : ثبت ملكه بذلك . على الصحيح من المذهب .

قطع به فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والقاضى ، وابن عقيل ، وصاحب المحرر ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : لابد من ذكر السبب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وأبى الخطاب فى الهداية ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . لاحتمال التعويل على ظاهر اليد . وأطلقهما الحارثى فى شرحه .

وفيه وجه ثالث : بأن البينة لا تسمع من الملتقط ، وتسمع من غيره . لاحتمال تعويلها على يد الملتقط . و يده لا تقبل الملك . اختاره صاحب التلخيص .

فائدة : قال فى المغنى : إن شهدت البينة بالملك ، أو باليد : لم يقبل إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان .

و إن شهدت بالولاء : قبل امرأة واحدة ، أو رجل واحد . لأنه مما لا يطلع عليه الرجال .

وقال القاضى : يقبل فيه شاهدان ، وشاهد وامرأتان . ولا يقبل فيه النساء . قال الحارثى : وهو أشبه بالمذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ بِالرِّقِّ بَعْدَ بُلُوغِهِ : لَمْ يُقْبَلْ ﴾ .

إذا أقر اللقيط بالرق بعد البلوغ ، فلا يخلو : إما أن يتقدمه تصرف ، أو إقرار بحرية أولا .

فإن لم يتقدم إقراره تصرف ولا إقرار بحرية ، بل أقرّ بالرق — جواباً أو ابتداء — وصدقه المقر له . فالصحيح من المذهب : أنه لايقبل إقراره بالرق والحالة هذه . صححه المصنف فى المغنى . وحكاه القاضى وجهاً .

وقطع صاحب المحرر بأنه يقبل قوله . واختاره فى التلخيص . ومال إليه الحارثى ، وقدمه ابن رزين فى شرحه . وأطلقهما فى الشرح .

وإن تقدم إقراره بالرق تصرف ببيع ، أو شراء ، أو نكاح ، أو إصداق ونحوه : فهذا لايقبل إقراره بالرق . على الصحيح من المذهب . وعليه الأكثر . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

وعنه : يقبل . اختاره ابن عقيل فى التذكرة .

وقال القاضى : يقبل فيما عليه . رواية واحدة .

وهل يقبل فى غيره ؟ على روايتين .

قال الحارثى : وحكى أبو الخطاب فى كتابه ، والسامرى عن القاضى : اختصاص الروايتين بما تضمن حقا له . أما ما تضمن حقا عليه : فيقبل . رواية واحدة .

قال : وحكاه المصنف هنا مطلقاً عنه .

وإن تقدم إقراره بالحرية ، ثم أقر بالرق : لم يقبل قوله . قولا واحداً .

ولو أقر بالرق لزيد ، فلم يصدقه : بطل إقراره .

ثم إن أقر لعمرو — وقلنا : بقبول الإقرار فى أصل المسألة — ففى قبوله له وجهان . وأطلقهما الحارثى ، والفروع . وذكرهما القاضى وغيره .

أحدهما : يقبل . اختاره المصنف وغيره .

والثانى : لايقبل .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : إِنِّى كافِرٌ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ . وَحُكْمُهُ حُكْمُ المرْتَدِّ ﴾

إذا بلغ اللقيط سنا يصح منه الإسلام والردة فيه ـ على ما يأتى فى باب الردة ـ فنطق بالإسلام : فهو مسلم . ثم إن قال : إنى كافر . فهو مرتد بلا نزاع .

وإن حكمنا بإسلامه ، تبعاً للدار و بلغ . وقال : إنى كافر ـ وهى مسألة المصنف ـ لم يقبل . قوله وحكمه حكم المرتد . وهو الصحيح من المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح . وجزم به فى الوجيز . وغيره . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والمحرر ، والرعايتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثانى : يُقَرُّ على ماقاله القاضى ، قال : إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله .

قال المصنف ، والشارح : وهو وجه بعيد .

فعلى هذا الوجه : قال القاضى ، وأبو الخطاب وغيرهما : إن وصف كفراً يقر عليه بالجزية : عقدت له الذمة . وأقر فى الدار . وإن لم يبدلها ، أو كان كفراً لايقر عليه : ألحق بمأمنه .

قال فى المغنى : وهو بعيد جداً .

قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ إِنْسَانٌ أَنَّهُ وَلَدُهُ : أُلحقَ بِهِ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا رَجُلاً كَانَ أَوِ امْرَأَةً ، حَيًّا كَانَ اللَّقِيطُ أَوْ مَيْتًا ﴾ .

إذا أقر به حر مسلم ، يمكن كونه منه : لحق به بلا نزاع . ونص عليه فى رواية جماعة .

و إن أقر به ذمى : ألحق به نسباً . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وهو داخل فى عموم نص الإمام أحمد رحمه الله .

وقيل : لا يلحق به أيضاً فى النسب . ذكره فى الرعاية .

إذا علمت ذلك : فلا يلحقه فى الدين بلا نزاع ، على مايأتى فى كلام المصنف . ويأتى حكم نفقته فى النفقات .

قال القاضى ، وغيره : وإذا بلغ ، فوصف الإسلام : حكمنا بأنه لم يزل مسلماً . وإن وصف الـكفر ، فهل يقر ؟ فيه الوجهان المذكوران فى المسألة التى قبلها .

قوله ﴿ وَلاَ يَتْبَعُ الـكَافِرَ فِي دِينِهِ إِلاَّ أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةً : أَنَّه وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وجزم به فى الوجيز وغيره .

قال الشارح : هذا قول بعض أصحابنا . وقياس المذهب : لا يلحقه فى الدين ، إلا أن تشهد البينة : أنه ولد بين كافرين حيين . لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه . أو موته . انتهى .

قال الحارثى ، قال الأصحاب : إن أقام الذمى بينة بولادته على فراشه : لحقه فى الدين أيضاً . لثبوت أنه ولد بين ذميين . فكما لو لم يكن لقيطاً .

وهذا مقيد باستمرار أبويه على الحياة والـكفر . وقد أشار إليه فى الـكافى . لأن أحدهما لو مات أو أسلم لحكم بإسلام الطفل . فلا بد فيما قالوا من ذلك . انتهى .

﴿ وإنْ أقَرَّتْ به امرأةٌ أُلْحِقَ بها ﴾ .

هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : هذا المذهب عند الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

فعلى هذا ، قال الأصحاب : لايسرى اللحاق إلى الزوج ، بدون تصديقه ، أو قيام بينة بولادته على فراشه .

وعنه : لايلحق بامرأة من وجه .

وعنه : لايلحق بامرأة لها نسب معروف أو إخوة .

وقيل : لايلحق بامرأة بحال . وهو احتمال للمصنف . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

تنبيه : شمل كلام المصنف : لو أقر به عبد أنه يلحق به . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : استلحاق العبد كاستلحاق الحر فى لحاق النسب . قاله الأصحاب انتهى .

ولا تجب نفقته عليه ، ولا على سيده . لأنه محكوم بحريته . وتكون نفقته من بيت المال .

تنبيه آخر : شمل قوله « أو امرأة » لو أقرت أمة به . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

قال الحارثى : والأمة كالحرة فى دعوى النسب ، على ماذكرنا . قاله الأصحاب .

إلا أن الولد لايحكم برقه بدون بينة . حكاه المصنف . ونص عليه من رواية ابن مشيش .

فوائد

إحداها : المجنون كالطفل إذا أمكن أن يكون منه ، وكان مجهول النسب

الثانية : كل من ثبت لحاقه بالاستلحاق ، لو بلغ وأنكر : لم يلتفت إليه . قاله الأصحاب . نقله الحارثى .

ويأتى حكم الإرث فى باب الإقرار بمشارك فى الميراث ، وكتاب الإقرار .

الثالثة : لو ادعى أجنبى نسبه : ثبت ، مع بقاء ملك سيده ، ولو مع بينة بنسبه .

قال فى الترغيب ، وغيره : إلا أن يكون مدعيه امرأة . فتثبت حريته . وإن كان رجلا عربياً فروايتان . وفى مميز : وجهان .

أحدهما : صحة إسلامه . واقتصر على ذلك فى الفروع .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِن ادَّعَاهُ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، لِأَحَدِهِمْ بَيِّنَةٌ : قُدِّمَ بِهَا . فَإِنْ تَسَاوَوْا فِي بَيِّنَةٍ ، أَوْ عَدِمَاهَا : عُرِضَ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ ، أَوْ مَعَ أَقَارِبِهِمَا وَإِنْ مَاتَا ﴾ :

سماع دعوى الكافر ، ولو لم يكن له بينة ، وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وفى الإرشاد وجه : لاتسمع دعوى الكافر بلا بينة .

وقال فى التلخيص : إن كان لأحدهما يدٌ غير يد الالتقاط ــ وكان قد سبق استلحاقه ــ فإنه يقدم على مستلحقه من بعد .

وإن لم يسمع استلحاقه إلا عند دعوى الثانى : فنى تقديمه بمجرد اليد احتمالان . انتهى .

فائدتان

إحداهما : لو كان فى يد أحدهما ، وأقام كل واحد منهما بينة : قدمت بينة الخارج . على الصحيح من المذهب ، والروايتين . وتقدم ذلك أيضاً .

ويأتى فى الدعاوى والبينات .

الثانية : لو كان فى يد امرأة : قدمت على امرأة ادعته بلابينة . على الصحيح من المذهب . وتقدم التنبيه على ماهو أعم من ذلك .

تنبيه : قوله « عرض معهما على القافة أو مع أقاربهما إن ماتا » .

وذلك : مثل الأخ والأخت والعمة والخالة وأولادهم .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ فَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِأَحَدِهِمَا : لَحِقَ بِهِ ﴾ :

أنهـا لو توقفت فى إلحاقه بأحدهما ، ونفته عن الآخر : أنه لا يلحق بالذى

توقفت فيه . وهو صحيح . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . وهو المذهب . وظاهر ماقدمه فى الفروع .

وقال فى المحرر : يلحق به . وتبعه جماعة .

قوله ﴿ وَإِنِ ادَّعَاهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَيْنِ فَأُلْحِقَ بِهِمْ : لَحِقَ بهم ، وَإِنْ كَثُرُوا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه فى رواية جماعة .

قال فى الفائق : اختاره القاضى .

وجزم به فى الوجيز ، ونظم المفردات . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى . ونصروه ، والمحرر ، والفروع .

وهو من مفردات المذهب . قاله ناظمها .

وقال الحارثى : وقال أبو حنيفة ، والثورى : يلحق بأكثر من اثنين . لكن عنده : لايلحق بأكثر من خمسة .

وقال ابن حامد : لا يلحق بأكثر من اثنين .

وعنه يلحق بثلاثة فقط . نص عليه فى رواية مهنا . واختاره القاضى وغيره .

وذكر فى المستوعب وجها : أنهم إذا ألحقوه بأكثر من ثلاثة لايلحق بواحد منهم . لظهور خطئهم .

فائدة : يرث كل من لحق به ميراث ولد كامل ، ويرثونه ميراث أب واحد . ولهذا لو أُوصِى له : قبلوا له جميعاً . ليحصل له .

وإن مات وخلف أحدهم فله ميراث أب كامل . لأن نسبه كامل من الميت . نص عليه .

ولأُمَّىْ أبويه اللذين لحق بهما مع أم أم : نصف السدس ، ولأم الأم نصفه .

قلت : فيعايى بها .

فائدة أخرى : امرأة ولدت ذكراً ، وأخرى أنثى ، وادعت كل واحدة : أن الذكر ولدها دون الأنثى . فقال فى المغنى ، والشرح : يحتمل وجهين .

أحدهما : العرض على القافة مع الولدين .

قال الحارثى قلت : وهذا المذهب على مامر من نصه من رواية ابن الحكم .

والوجه الثانى : عرض لبنها على أهل الطب والمعرفة . فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى فى طبعه وزنته .

وقيل : لبن الذكر ثقيل ، ولبن الأنثى خفيف . فيعتبران بطبعهما وزنتهما ، وما يختلفان به عند أهل المعرفة .

قال الحارثى : وهذا الاعتبار إن كان مطردا فى العادة غير مختلف : فهو إن شاء الله أظهر من الأول . فإن أصول السنة قد تخفى على القائف .

قال فى المغنى : فإن لم يوجد قافة : اعتبر باللبن خاصة .

وإن كان الولدان ذكرين أو أنثيين ، وادعتا أحدهما : تعين العرض على القافة

قوله ﴿ وَإِنْ نَفَتْهُ القَافَةُ عَنْهُمْ ، أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِمْ ، أَوَلَمْ يُوجَدْ قَافَةٌ ﴾ أو اختلف قائفان ﴿ ضَاعَ نَسَبُهُ فِى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . نص عليه فى المسألة الأولى . وجزم به فى العمدة ، والوجيز . واختاره أبو بكر .

قال المصنف : قول أبى بكر أقرب .

قال الحارثى : وهو الأشبه بالمذهب . وقدمه فى الفروع .

وفى الآخر : يترك حتى يبلغ ، فينتسب إلى من شاء منهم .

قال القاضى : وقد أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله .

واختاره ابن حامد . وقطع به فى العمدة والتلخيص . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .

قال الحارثى : ويحتمل أن يقبل من مميز أيضاً . تفريعاً على وصيته وطلاقه . وعلى قبول شهادته . على رواية . والمذهب خلافه .

وذكر ابن عقيل وغيره : هو لمن يميل بطبعه إليه . لأن الفرع يميل إلى الأصل . لكن بشرط أن لا يتقدمه إحسان .

وقيل : يلحق بهما . اختاره فى المحرر .

ونقل ابن هانىء : يخير بينهما ، ولم يذكر قافة .

وعنه : يقرع بينهما . فيلحق نسبه بالقرعة .

وذكرها فى المغنى فى كتاب الفرائض . نقله عنه فى القواعد .

فوائد

منها : – على قول ابن حامد ومن تابعه – : لو ألحقته القافة – بعد انتسابه – بغير من انتسب إليه : بطل انتسابه .

ومنها : ليس له الانتساب بالتشهى . بل بالميل الطبيعى الذى تثيره الولادة .

ومنها : يستقر نسبه بالانتساب . فلو انتسب إلى أحدهما ، ثم عَنَّ له الانتساب إلى الثانى ، أو الانتفاء من الأول : لم يقبل .

ومنها : لو انتسب إليهما جميعاً لميله : لحق بهما . قاله الحارثى وغيره .

ومنها : لو بلغ ولم ينتسب إلى واحد منهما ، لعدم ميله : ضاع نسبه . لانتفاء دليله . ولو انتسب إلى من عداهما ، وادعاه ذلك المنتسب إليه : لحقه .

ومنها : وجوب النفقة . مدة الانتظار عليهما ، لإقراره بموجبها ، وهو الولادة . وكذلك فى مدة انتظار البينة ، أو القافة .

تنبيه : قوله ﴿أو لم يوجد قافة﴾ حقيقة العدم : العدم الكلى . فلو وجدت بعيدة . ذهبوا إليها .

ومنها : لو قتله من ادعياه ، قبل أن يلحق بواحد منهما : فلا قود على واحد

منهما. ولو رجعا، لعدم قبوله. ولو رجع أحدهما: انتفى عنه. وهو كشريك الأب على ما يأتى فى آخر كتاب الجنايات.

قوله ﴿ وَكَذَلِكَ الحُكْمُ: إنْ وَطِئَ اثْنَانِ امْرَأَةً بِشُبْهَةٍ، أَوْ جَارِيَةً مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُمَا فِى طُهْرٍ وَاحِدٍ، أَوْ وُطِئَتْ زَوْجَةُ رَجُلٍ، أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ بِشُبْهَةٍ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ. فَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهُ مِنَ الوَاطِئِ: أُرِىَ القَافَةَ مَعَهُمَا ﴾.

هذا المذهب. وعليه جماهير الأصحاب. وجزم به فى الوجيز وغيره. وقدمه فى المغنى، والشرح، والفروع، والفائق، وغيرهم.

وسواء ادعياه أو جحداه أو أحدهما. ذكره القاضى وغيره.

وشرط أبو الخطاب فى وطء الزوجة: أن يدعى الزوج أنه من الشبهة.

فعلى قوله: إن ادعاه لنفسه: اختص به لقوة جانبه.

وفى الانتصار: رواية مثل ذلك.

ونقل أبو الحارث ـ فى امرأة رجل غُصِبت، فولدت عنده. ثم رجعت إلى زوجها كيف يكون الولد للفراش فى مثل هذا؟ ـ إنما يكون له إذا ادعاه. وهذا لا يدعيه، فلا يلزمه.

وقيل: إن عدمت القافة: فهو لرب الفراش.

ويأتى فى آخر اللعان: هل للزوج، أو للسيد نفيه، إذا ألحق به، أو بهما؟

قوله ﴿ وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ القَائِفِ إلَّا أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا عَدْلًا مُجَرَّبًا فِى الإِصَابَةِ ﴾.

يشترط فى القائف: أن يكون عدلا مجربًا فى الإصابة. بلا نزاع.

ومعنى كونه عدلا مجربًا فى الإصابة ـ على ما قاله القاضى ومن تابعه ـ بأن يترك الصبى بين عشرة رجال من غير من يدعيه، ويريهم إياه. فإن ألحقه بواحد

منهم : سقط قوله لتبين خطئه . و إن لم يلحقه بواحد منهم : أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه . فإن ألحقه به : لحقه .

ولو اعتبر بأن يرى صبياً معروف النسب مع قوم فيهم أبوه أو أخوه . فإن ألحقه بقريبه : عرفت إصابته . و إن ألحقه بغيره سقط قوله : جاز .

وهذه التجربة عند عرضه على القافة للاحتياط فى معرفة إصابته . ولو لم نُجَرِّبه بعد أن يكون مشهوراً بالإصابة ، وصحة المعرفة فى مرات كثيرة : جاز .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أنه لا يشترط حرية القائف . وهو المذهب . وهو ظاهر كلامه فى الكافى ، والوجيز ، والمنور ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

ذكروه فيما يلحق من النسب . وقدمه فى الفروع .

قال الحارثى : وهذا أصح .

وقيل : تشترط حريته .

وجزم به القاضى ، وصاحب المستوعب ، والمصنف ، والشارح . وذكره فى الترغيب عن الأصحاب .

قال فى القواعد الأصولية : الأكثرون على أنه كحاكم . فتشترط حريته . وقدمه فى الرعاية الكبرى ، والحاوى الصغير .

وأطلقهما فى المحرر ، والنظم ، والرعاية الصغرى ، والفائق ، والزركشى .

فعلى الأول : يكون بمنزلة الشاهد . وعلى الثانى : يكون بمنزلة الحاكم .

وجزم فى الترغيب : أنه تعتبر فيه شروط الشهادة .

فوائد

الأولى : يكفى قائف واحد . على الصحيح من المذهب . نص عليه فى رواية أبى طالب ، و إسماعيل بن سعيد .

واختاره القاضى ، وصاحب المستوعب . وصححه فى النظم .

وقدمه فى الرعايتين ، والفروع ، والحاوى الصغير .

وعنه : يشترط اثنان . نص عليه فى رواية محمد بن داود المصيصى ، والأثرم ، وجعفر بن محمد .

وقدمه فى الفائق ، وشرح ابن رزين .

وأطلقهما فى القواعد الأصولية ، والحارثى فى شرحه ، وَالـكافى ، والزركشى

وظاهر الشرح : الإطلاق .

وخرج الحارثى الاكتفاء بقائف واحد عند العدم من نصه على الاكتفاء بالطبيب والبيطار ، إذا لم يوجد سواه ، وأولى . فإن القائف أعز وجوداً منهما .

تنبيه : هذا الخلاف مبنى ـ عند كثير من الأصحاب ـ على أنه : هل هو شاهد أو حاكم ؟

فإن قلنا : هو شاهد : اعتبرنا العدد . وإن قلنا : هو حاكم : فلا .

وقال جماعة من الأصحاب : ليس الخلاف مبنياً على ذلك . بل الخلاف جارٍ ، سواء قلنا : القائف حاكم أو شاهد . لأنا إن قلنا : هو حاكم . فلا يمتنع التعدد فى الحكم ، كما يعتبر حاكمان فى جزاء الصيد .

وإن قلنا : شاهد . فلا تمتنع شهادة الواحد ، كما فى المرأة . حيث قبلنا شهادتها وشهادة الطبيب ، والبيطار .

وقالت طائفة من الأصحاب : هذا الخلاف مبنى على أنه شاهد ، أو مخبر .

فإن جعلناه شاهداً : اعتبرنا التعدد . وإن جعلناه مخبراً : لم نعتبر التعدد ، كالخبر فى الأمور الدينية .

الثانية : القائف كالحاكم . عند أكثر الأصحاب . قاله فى القواعد الأصولية ، والحارثى . وقطع به فى الكافى .

وقيل : هو كالشاهد . وهو الصحيح على ما تقدم .

وأكثر مسائل القائف مبنية على هذا الخلاف .

الثالثة : هل يشترط لفظ « الشهادة » من القائف ؟

قال فى الفروع ـ بعد القول باعتبار الاثنين ـ : و يعتبر منهما لفظ « الشهادة » نص عليه . وكذا قال فى الفائق .

قال فى القواعد الأصولية : وفيه نظر . إذ من أصلنا قبول شهادة الواحد فى مواضع .

وعلى المذهب : يعتبر لفظ الشهادة . انتهى .

قلت : فى تنظيره نظر . لأن من نقل عن الأصحاب ـ كصاحب الفروع ، وغيره ـ إنما نقلوا ذلك عن الإمام أحمد رحمه الله .

وقد روى الأثرم أنه قال : لايقبل قول واحد ، حتى يجتمع اثنان . فيكونا شاهدين .

و إذا شهد اثنان من القافة ، أنه لهذا : فهو له .

وكذا قال فى رواية محمد بن داود المصيصى .

فالذى نقل ذلك قال : يعتبر من الاثنين لفظ « الشهادة » وهو موافق للنص ولا يلزم من ذلك أنه لا يعتبر لفظ « الشهادة » فى الواحد . ولا عدمه .

غايته : أنه اقتصر على النص . فلا اعتراض عليه فى ذلك.

وقال فى الانتصار : لايعتبر لفظ « الشهادة » ولو كانا اثنين ، كما فى المقومين .

الرابعة : لو عارض قولُ اثنين قول ثلاثة فأكثر . أو تعارض اثنان : سقط الكل .

و إن اتفق اثنان ، وخالف ثالث : أخذ بقول الاثنين . نص عليه ، ولو رجعا .

فإن رجع أحدهما : لحق بالآخر .

قال فى المنتخب : ومثله بيطاران ، وطبيبان ، فى عيب .

الخامسة : يعمل بالقافة فى غير بنوة ، كأخوة وعمومة ، عند أصحابنا .

وعند أبى الخطاب : لايعمل بها فى غير البنوة . كإخبار راع بشَبَه .

وقال فى عيون المسائل ، فى التفرقة بين الولد والفصيل : لأنا وقفنا على مورد الشرع ، ولتأكد النسب ، لثبوته مع السكوت .

السادسة : نفقة المولود على الواطئين . فإذا لحق بأحدهما : رجع على الآخر بنفقته .

ونقل صالح ، وحنبل : أرى القرعة والحكم بها .

يروى عنه — عليه أفضل الصلاة والسلام — « أنه أقرع فى خمس مواضع . فذكر منها : إقراع علي رضى الله عنه فى الولد بين الثلاثة الذين وقعوا على الأمة فى طهر واحد » ولم ير هذا فى رواية الجماعة . لاضطرابه .

وقال ابن القيم رحمه الله ، فى الهدى : القرعة تستعمل عند فقدان مرجح سواها : من بينة ، أو إقرار ، أو قافة .

قال : وليس ببعيد تعيين المستحق فى هذه الحال بالقرعة . لأنها غاية المقدور عليه من ترجيح الدعوى . ولها دخول فى دعوى الأملاك التى لاتثبت بقرينة ، ولا أمارة . فدخولها فى النسب الذى يثبت بمجرد الشبه الخفى المستند إلى قول قائف : أولى .

قد تم — بحمد الله تعالى وحسن توفيقه — طبع الجزء السادس من كتاب الإنصاف وتصحيحه جهد الطاقة . بمطبعة السنة المحمدية على نسخة بخط المصنف وكان الفراغ من ذلك فى اليوم الرابع عشر من شهر شعبان سنة ١٣٧٦ هجرية الموافق لليوم السادس عشر من شهر مارس سنة ١٩٥٧ ميلادية .

ويليه — إن شاء الله تعالى — الجزء السابع . وأوله « كتاب الوقف » والله الموفق والمعين على الإتمام لطبع كل الكتاب . ولا حول ولا قوة إلا بالله . وصلى الله وسلم وبارك على خاتم المرسلين وإمام المهتدين عبد الله الكريم ورسوله الأمين محمد ، وعلى آله أجمعين .

وكتبه فقير عفو الله ورحمته

محمد حامد الفقى

